

Rosa Gómez de Liaño Diego

Doctora en Derecho
Profesora Titular de Derecho Procesal

***EJECUCIÓN DE CRÉDITOS
DERIVADOS DE
CONTRATOS BANCARIOS***

Oviedo 1998

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopias, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor.

© EDITORIAL FORUM, S. A.
Catedrático Fco. Beceña, 11 - Oviedo

Depósito legal: B. 41.068 - 1998
I.S.B.N.: 84-87586-33-3

Preimpresión: Morilla Fotocomposición
Arroyo, 11 - Gijón (Asturias)

Imprime: Romanyà/Valls, S. A.
Verdaguer, 1 - Capellades (Barcelona)

INDICE

Abreviaturas	7
I. Introducción	9
II. Ejecución y Título Ejecutivo	19
III. Supuestos concretos de Créditos Bancarios	33
1º. Créditos derivados de descubiertos en	
Cuentas Corrientes	35
2º. Créditos derivados del uso de	
medios electrónicos	43
A) Aspectos documentales de la tarjeta de crédito.	
El pacto ejecutivo	45
B) Relaciones jurídicas subyacentes	50
C) Régimen Jurídico.....	53
D) Prueba.....	55
a) Planteamiento	55
b) Objeto	56
c) Medios	56
d) Carga de la prueba.....	57
E) Ejecución	65
a) Planteamiento	65
b) Títulos ejecutivos.....	66
F) Embargo preventivo	74
3º. Créditos derivados de pólizas intervenidas	
por fedatarios	76
A) Concepto de póliza	87
B) Póliza bancaria	94
C) La póliza como manifestación de los contratos	
de adhesión	95
D) La póliza bancaria y sus modalidades	98
E) Sobre la liquidez del crédito	102
F) Sobre las cuentas indistintas	121

G) Especial referencia al Derecho italiano	123
H) Sobre la notificación del saldo	130
I) Sobre la integración del título ejecutivo	138
J) Sobre la impugnabilidad de la liquidación	144
K) Consideración especial del Leasing	147
L) La naturaleza del juicio ejecutivo y su repercusión en la prueba	151
4º. Crédito incluido en pagaré bancario	154
5º. Créditos derivados del descuento bancario	169
A) El descuento bancario. Concepto y naturaleza.....	169
B) Posición de la Entidad Bancaria frente al obligado bancario	171
C) El descuento y sus modernas manifestaciones.....	172
D) Su tratamiento procesal	179
IV. Créditos bancarios y legislación de consumo ...	185
Incidencia en materia de ejecución procesal	187
V. Especial consideración de la usura	205
VI. El juicio ejecutivo en ejecuciones de créditos bancarios	213
A) Consideración general.....	215
B) Demanda ejecutiva	217
C) Despacho de ejecución	221
D) Actitudes del ejecutado. Consignación	232
E) Nuevos planteamientos en orden a la oposición a la ejecución	233
F) Aspectos probatorios.....	246
G) Sentencia de remate	251
VII. El procedimiento declarativo	255
VIII. Consideraciones en orden a la futura reforma	269
Bibliografía	281
Jurisprudencia	299

ABREVIATURAS

AAP.....	Auto de la Audiencia provincial
AC.....	Actualidad Civil
AD.....	Actualidad y Derecho
ADC.....	Anuario de Derecho Civil
ADHD.....	Anuario de la Historia del Derecho
ARCH.CIV.....	Archivo civile
AJ.....	Actualidad jurídica
AP.....	Audiencia Provincial
art./arts.....	Artículo/Artículos
ATS.....	Auto del Tribunal Supremo
BB.....	Banche e Banchieri
BBTC.....	Banca e Borsa e Titoli di Crédito
BCA.....	Banca e Crédito Agrario
BE.....	Banca Española
BICAM.....	Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
BIMJ.....	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
CC.....	Código civil
CCAA.....	Comunidad Autónoma
CCJC.....	Cuadernos civitas de Jurisprudencia Civil
C.Com.....	Código de Comercio
CDC.....	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ.....	Cuadernos de Derecho Judicial
CE.....	Constitución Española
CEE.....	Comunidad Económica Europea
Cfr.....	Confrontar
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
cit.....	Citado
Comm.dei.Cod.civ.....	Commentario dei Codice Civile
CP.....	Código Penal
CT.....	Crónica Tributaria
DL.....	Decreto Ley
Ed.....	Edición
Edi.....	Editorial
EDP.....	Estudios de Derecho Procesal
ED.....	Enciclopedia del diritto
EJE.....	Enciclopedia Jurídica Española

etc	Etcétera
F.J	Fundamento Jurídico
Gius.civ	Giustizia Civile
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Num	Número
Ob.Cit	Obra citada
OM	Orden Ministerial
pag/pags	Página/Páginas
pts	Pesetas
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho y Comercio
RDL	Real Decreto Ley
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Procesal
RDPI	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana
RDPriv	Revista de Derecho Privado
RGD	Revista General del Derecho
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
Riv.Dir.civ	Rivista di Diritto Civile
Riv.Dir.Comm	Rivista di Diritto Commerciale
Riv.Dir.Proc.civ	Rivista di Diritto Processuale Civile
RPV	Revista Procesal Vasca
S	Sentencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
Secc	Sección
SS	Sentencias
sig	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T	Tomo
TAE	Tasa Anual Equivalente
TS	Tribunal Supremo
Vid	Ver
Vol	Volumen
Z.P.O	Código procesal Alemán

I.
INTRODUCCIÓN

El tráfico mercantil y su desarrollo en la vida moderna ha dado lugar a la implantación de determinadas relaciones y situaciones contractuales que se han abierto paso muy deprisa, se han generalizado, y forman parte de nuestro entorno, constituyendo una importante manifestación de la contratación en masa, con dificultades a veces para ser encajadas en los tipos contractuales clásicos.

Hace ya algún tiempo que la doctrina puso de manifiesto la significación de los denominados contratos formulario que aparecieron entre nosotros y funcionan como verdaderos mecanismos jurídicos¹ generadores de muy amplios horizontes y expectativas.

Y dentro de esa corriente los contratos bancarios, que tienen como objeto principal la concesión de crédito², han adquirido una dimensión principal, adoptando formas y peculiaridades derivadas de las exigencias de cada momento.

-
1. RIPERT.- Traite Elementaire de Droit Commercial. París, 1954, pag.31 y sig. Pone de manifiesto como el comercio no comprende el lenguaje de formulas tradicionales, funcionando los nuevos mecanismos por si mismos.
 2. Vid. GARRIGUES, J.- Contratos bancarios, Madrid, 1958, pag.33 y sig.

Primero fueron la letra, el pagaré, el cheque. La preocupación por las garantías, nos llevó hacia los créditos hipotecarios, que son los más serios y reposados, y por lo tanto insuficientes de cara a la propia movilidad del tráfico bancario, para llegar después a la cuenta corriente, contratos de crédito con intervención de fedatario, y los derivados del uso de tarjetas de crédito y medios de pago electrónicos, que se establecieron en el mundo jurídico sorprendiendo al lento caminar de la legislación, de manera que el denominado derecho vivo bancario de desenvuelve al margen del principal texto mercantil (Código de Comercio) y al amparo de la libertad de contratación, habiendo sido una vez mas la doctrina y la jurisprudencia la encargada de conceder un "status" a las nuevas situaciones³.

En el fondo de todas estas manifestaciones, esta el contrato bancario, ya considerado por *GARRIGUES* como el esquema jurídico de las operaciones bancarias, fundamentalmente operaciones de crédito, siendo la mediación en el crédito indirecto, es decir, tomar dinero a crédito para volverlo a dar después, función característica de los bancos⁴.

Tomando como punto de partida el hecho de que la operación bancaria por antonomasia, es la operación de crédito, la doctrina tradicional⁵ clasificaba las operaciones bancarias

3. Todavía en 1987 una sentencia de la AP de Madrid de 11 de Abril de dicho año decía en relación con las tarjetas de crédito que "no existe tratamiento legal desconociendo estudios que hayan estudiado su entramado jurídico". Y aunque ya existían trabajos sobre la materia, tal declaración es significativa de un estado de cosas.

4. *GARRIGUES*.- Ob.cit., pag.35.

5. Vid. *URIA*, R.- Derecho Mercantil, Madrid 1982, pag.648; *VICENTE Y GELLA*, A.-Curso de Derecho Mercantil Comparado, Zaragoza 1960, pag. 122; *LANGLE RUBIO*, E.- Manual de Derecho Mercantil español, Tomo II, Edi.Bosch, Barcelona 1959, pag. 447 y sig; *SÁNCHEZ CALERO*.- Instituciones de Derecho Mercantil,

desde el punto de vista del sujeto que concedía el crédito, basándose en un criterio jurídico y no económico, al igual que el Código Civil italiano de 1942, distinguiendo así entre operaciones activas o pasivas dependiendo de la posición que asuma la banca, ya sea como acreedor o deudor del crédito, concediendo o recibiendo crédito respectivamente. Perteneciendo al primer grupo, la apertura de crédito, el préstamo y el descuento y al segundo, el depósito irregular del dinero y el redescuento bancario. Junto a estas añade la doctrina las llamadas “operaciones neutras” en las que el banco, ni da ni recibe crédito y estarían integradas por las operaciones de mediación (emisión de acciones y obligaciones, operaciones sobre hipotecas, operaciones de mediación en los pagos) y las operaciones de custodia en sentido estricto (depósitos cerrados y depósitos abiertos).

Autores como *GRECO*⁶, niegan que tal distinción pueda servir de base para clasificar los contratos bancarios. Según este autor, los contratos bilaterales, de hecho suponen para las partes crédito y deuda recíprocos y por ello se trata de contratos activos y pasivos al mismo tiempo, mientras que en los contratos unilaterales la banca puede asumir indistintamente, la posición de acreedor o deudor sin que varíe la naturaleza jurídica del contrato. En este mismo sentido *COLAGROSO*⁷ que apunta la necesidad de desvincular las

11ª ed., Edi.Revista de Derecho Privado, Valladolid 1985, pag.455; BROSETA, M.-Manual de Derecho Mercantil, 4ª ed., Madrid 1981, pag.450.

6. GRECO.-Corso di diritto bancario, Padova 1936, pag.45; COLAGROSO.- Diritto bancario, Roma 1947, pag.190; MOLLE.-Contratti bancari, Milano 1973, pag.22, nota 7.

7. COLAGROSO.- Ob.cit., pag.190.

operaciones de la tradicional clasificación y de agruparlas según tipos negociales a los cuales pueden ser reconducidas.

Distinguen estos autores entre las operaciones típicas de la empresa bancaria y aquellas que no son pero que están íntimamente vinculadas con su actividad profesional (operaciones accesorias). Las operaciones bancarias fundamentales son aquellas a través de las cuales la banca aparece como intermediaria del crédito y determinan el nacimiento de las operaciones activas y pasivas, siendo en cada caso deudora o acreedora del cliente. Las operaciones accesorias son aquellas en las cuales la banca no da ni recibe crédito, pero presta servicios que no entran en la función económica propia de los bancos pero que ordinariamente se realizan por ellos como manifestación ulterior de su actividad, entre ellos se encuentran los depósitos de custodia, el cambio de moneda etc..

Vamos a ocuparnos en este trabajo de las cinco manifestaciones a nuestro juicio mas modernas de esta contratación bancaria y créditos derivados de ellas, a saber:

- a) *Créditos derivados de descubiertos de cuentas corrientes.*
- b) *Créditos derivados de pólizas intervenidas por fedatario.*
- c) *Créditos derivados del uso de medios electrónicos.*
- d) *Crédito incluido en pagaré bancario.*
- e) *Créditos derivados del descuento bancario, en sus diferentes manifestaciones, letras, recibos y documentos en general.*

Salvedad, a los solos efectos de argumentar sobre la problemática de su tratamiento procesal.

Todas ellas son operaciones genuinamente bancarias que sobre la base de un acuerdo de voluntades entre la entidad bancaria y su cliente generan una serie de obligaciones y derechos que tienen, y cuando no lo tienen, pretenden tener un régimen jurídico específico, que a juicio de algunos origina privilegios de índole procesal, enfocados bajo el prisma de naturales exigencias del tráfico mercantil que inciden de forma notable en este campo a fin de que el tráfico bancario⁸, con su evidente trascendencia en el desarrollo social, en líneas generales, este dotado de la movilidad precisa de cara a su eventual exigencia, y no solo por las posibilidades de ejecución efectiva e inmediata, sino también por la carga psicológica que de una manera importante incide sobre toda la sociedad al saberse que en esos créditos son inmediatamente ejecutivos, y pueden propiciar un cumplimiento voluntario⁹.

Evidentemente y a renglón seguido, debe de surgir la oportunidad e incluso la legalidad de ese trato, porque podría constituir una discriminación respecto de otros créditos de

8. Vid. HAMEL, J. VASSEUR, M. Y MARÍN, X.- *Banques et operations de banque*, t.I: *Les comptes en banque*, París, 1966, pag.376 y sig; MOLLE, G.- *I contratti bancari*, en *Commentario al Codice civile*, dirigido por Cicu y Messineo, t. XXXV, Vol.1, 3ªed., Milán 1978, pag.393 y sig.

9. La SAP de Madrid, Secc.2.ª de 14 de Abril de 1990, reconoce que el art.1435 viene a establecer una situación de privilegio en favor de las entidades bancarias, y considera que el citado art. puede ser contrario al art.14 de la Constitución pues establece una posibilidad de acceso al despacho de ejecución solo en favor de algunas entidades y no para la generalidad de las personas y esa desigualdad no se hace para tutelar bienes jurídicos constitucionales que tengan carácter superior y deban ser protegidos, como tampoco entiende que se singularicen algunos contratos mercantiles.

naturaleza similar que careciesen de este tratamiento privilegiado en aras a su efectividad.

En la evolución de los títulos ejecutivos, se aprecia claramente que el ordenamiento jurídico concede el acceso directo a la ejecución en base a argumentaciones que se adaptan perfectamente a estas operaciones de tipo bancario, como es la intervención de fedatario que proporciona perfiles de apariencia o certeza al crédito, o simplemente la utilización de instrumentos a los cuales el derecho hace tiempo que ha anudado consecuencias ejecutivas por exigencias precisamente del tráfico mercantil, y así, si el descuento bancario se incorpora a una letra de cambio o a un pagaré, sus posibilidades ejecutivas no derivan de su naturaleza bancaria, sino de la cambiaria, y ésta, está al alcance de cualquiera persona, como lo esta también la utilización de un fedatario que pueda introducir al crédito en la titulación ejecutiva del art. 1429.1 de la LEC.

Sin embargo se presentan particularidades en el ámbito de los créditos bancarios derivadas de la tendencia a utilizar la posición de “privilegio” que de ello deriva, unida a la procedente de su situación de superioridad en la contratación, que puede dar origen a la introducción de cláusulas abusivas o a prácticas de liquidación unilateral de créditos que en la práctica originan discusiones que a nuestro juicio son dignas de ser examinadas de forma conjunta tal como realizamos en este trabajo.

Por otro lado, la ejecuciones de créditos bancarios se manifiestan como temas frecuentes, en el ámbito judicial, que afectan a un buen número de ciudadanos. Se convierten

así en un problema social importante, y como tal, tiene su reflejo en los medios de comunicación, dejándose constancia de las injusticia que pueden suponer¹⁰.

El tema es importante, porque la satisfacción de pretensiones que en el proceso civil se pretende, lo es, no sólo del ejecutante bancario, sino también del ejecutado, y tenía razón la doctrina, cuando ve en el proceso un instrumento de política social, protegiendo los derechos de todos¹¹.

Vamos a examinar pues esta problemática, que tiene a mi juicio interés suficiente para justificar este trabajo.

-
10. Vid. MONTERO, Rosa- Legal, pero injusto. En "El País" Suplemento dominical de 25 de agosto de 1996, pag.8. Recoge el caso de una persona que por pérdida de empleo dejó de pagar cuatro meses al banco su cuota de crédito hipotecario, y a pesar de que en el banco le dijeron que no se preocupara, se encontró con la ejecución, perdiendo su piso y los diez millones que ya había pagado, para concluir señalando "Que infinito desvalimiento el de todos ellos, que pavor indecible frente al logro sin rostro del poder bancario."
 11. RAMOS MÉNDEZ.-El sistema Procesal Español, Ed. Bosch, Barcelona 1995, pag.3 y sig; GIMENO SENDRA.- Introducción al Derecho Procesal, (con MORENO CATENA Y CORTES DOMÍNGUEZ.), Ed. Colex, Madrid 1996, pag.27 y sig.

Para introducirnos adecuadamente en el tema será necesario realizar algunas precisiones previas sobre la ejecución y títulos ejecutivos¹².

Título de ejecución, es el documento en el que consta la obligación de la parte contra la cual se ha de dirigir el proceso de ejecución¹³, que en definitiva y en pocas palabras como decía *CARNELUTTI*¹⁴, en el proceso ejecutivo el derecho se transforma en hecho, mientras que en el declarativo es el hecho el que se transforma en derecho porque es necesario conocer previamente el contorno y sobre todo la certeza de su realidad.

El fundamento de la fuerza que se otorga al título ejecutivo, en especial cuando no es jurisdiccional no es unánime en la doctrina:

-
12. Vid.CARNELUTTI.- Sistema de Derecho Procesal Civil, II, Composición del proceso, Buenos Aires, 1944,(Trad. Alcalá-Zamora y Sentís Melendo), Pag.550; ALLORIO.- El ordenamiento jurídico, en <<Problemas de Derecho Procesal>>, Buenos Aires 1963, t.II,(trad. Sentís), pag.244; DENTÍ.- Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione,en" RDP", Núm.1, 1965, pag.122 y sig; MICHELÍ.- Derecho Procesal Civil, Vol.III, Proceso de ejecución, Buenos Aires, 1970, pag.10.
 13. PRIETO CASTRO, L.- Tratado de Derecho Procesal Civil, T.II, Edi.Aranzadi, Pamplona 1982, pag.657.
 14. CARNELUTTI.-Derecho y Proceso. Traducción de Sentis Melendo. Buenos Aires 1971, T.I, pag.327.

a) Para algunos autores, la razón de su eficacia se encuentra en que el derecho esta verdaderamente reconocido en el título y constituye una prueba legal del derecho que contiene, parten de que el título acredita como bueno el derecho del acreedor¹⁵.

b) Para otros autores el título ejecutivo es una simple orden de servicio que se ha de cumplir para no incurrir en responsabilidad¹⁶.

c) Para escapar de las observaciones que puedan hacerse evidentemente a las orientaciones anteriores, una tercera corriente¹⁷ se fija en la importancia constitutiva del título, es decir, en que la fuerza nace de un acto de declaración de voluntad al que la ley le otorga una fuerza especial¹⁸.

Como se ha puesto de manifiesto¹⁹, la evolución histórica puede arrojar luz sobre la cuestión y así:

15. CARNELUTTI.- Teoría generale del diritto, Roma 1951, pag.394.
16. GARBAGNATI.- Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare, Milán 1938, pag.126.
17. LIEBMAN.-Le opposizione di merito nel processo di esecuzione, Roma 1931, pag.143, en "Rivista di Diritto Processuale" 1934, núm. 129.
18. Vid. DE LA PLAZA,M.- Los principios fundamentales del proceso de ejecución, en "RDPriv", 1944; DE MIGUEL Y ALONSO,C.- Problemática de la ejecución forzosa en lo civil, en" RDP", 1965; FERNÁNDEZ LÓPEZ,M.A.- El proceso de ejecución, Barcelona 1982; SATTA, G.- L'escuzione forzata, Torino 1952; BONSIGNORI, A.- L'esecuzione forzata, Torino 1990; BRAVO, E.- De la administración de justicia, Imprenta de Correo de Andalucía, 1862; BUCOLO, F.- Problemi di pratica giudiziaria esecutiva, Padova 1970; CALDERON CUADRADO, M.P.- Evolución histórica de la letra de cambio como título ejecutivo, en" RGD", núm.. 544-45, Enero- febrero 1990; CASALLS COLDECARRERA, M.- La eficacia de la ejecución, en el Vol. "para un proceso civil eficaz"(ed. de Francisco Ramos Méndez), Barcelona 1982; ESTEPA MORIANA, V.- El juicio ejecutivo como proceso de ejecución en el derecho histórico español, en" RDPT", núm..1, 1977; MORENO CATENA, V.- Algunos problemas del juicio ejecutivo cambiario, en Vol." problemas actuales de la justicia" (Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario). Valencia 1988; NICOLO, C.- I procedimenti di esecuzioni.(Raccolta completa di giurisprudenza e bibliografía), Milano 1970.
19. GÓMEZ DE LIAÑO, F.- El proceso Civil, 3ª ed., Edi. Forum, Oviedo 1996, pag.278.

“1º.- Inicialmente, sólo la sentencia judicial, constituye título ejecutivo.

2º.- Ya en el derecho romano, en la separación de fases procesales “in iure” e “in iudicio”, es posible eliminar esta última por obra de la “confesio in iure”, con lo cual el verdadero proceso no comienza, porque puede estimarse que el obligado se ha condenado así mismo, pudiendo procederse a la ejecución, si bien en este caso no existía un autentica “actio iudicati”.

3º.- El derecho común, admitía, que si el demandado, reconocía “apud iudicem” el derecho del actor, era innecesario pronunciar sentencia, que se sustituía, por un simple mandato de pago, y aun se llego a admitir, que sin necesidad de juicio, y por actuación voluntaria ante el juez, podía nacer el mandato de pago con idéntica eficacia que la “actio iudicati”.

4º.- Mas adelante, la intervención de un fedatario en el acto constitutivo del título, garantiza su eficacia, con independencia total del proceso judicial.

A esta etapa responde la Ley XVI, del ordenamiento sevillano de 1360 sobre la cual el *Prof. Fairen*, nos ha ilustrado en un interesante trabajo²⁰. Aparece así una autentica ejecución, sobre la base de documentos cuya fuerza emanaba de la legitimidad y autenticidad que le prestaba la intervención del fedatario público. Pero es necesario destacar, pues interesa para este trabajo, que la fe pública alcanzaba

20. FAIREN GUILLEN.-Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España:el Ordenamiento Procesal Sevillano de 1360, en” RDP”, núm..2, 1950, pag.313 y sig.

tanto al hecho que daba origen al crédito, como al contorno del mismo y en especial a su "quantum".

5º.- En una etapa posterior, se prescindió incluso, de la legitimación del escribano. Bastaba la propia naturaleza de algunos documentos nacidos para agilizar el tráfico mercantil, en la que la mera declaración, por escrito formal, reconociendo un crédito, es base suficiente para despachar la ejecución. Es el caso de la letra de cambio.

6º.- Nuevas necesidades del tráfico jurídico, y con el fin de evitar largas discusiones sobre el resarcimiento de daños, originan que el dictamen pericial, que concreta los mismos, sea título ejecutivo en nuestro código de Comercio, a pesar de no existir, ni resolución judicial, ni reconocimiento del deudor, ni legitimación notarial. A juicio de algunos autores, los peritos actúan con carácter decisorio, como un verdadero arbitraje, aunque a nuestro modo de ver, el valor del arbitraje deriva de la sumisión voluntaria al mismo, cosa que no se da en este supuesto, en el que la obligación de pago aparece determinada por la ley, y como quiera que lo único que cabe discutir es el "quantum", se acude a los peritos, en loable intento de agilizar el resarcimiento, pero la fuerza originaria deriva de la propia Ley.

En esta breve evolución²¹ se puede comprobar una acusada tendencia a eliminar el proceso de cognición, cuando los

21. Vid. LUMBRERAS VALIENTE.-Aportación a la historia del juicio ejecutivo en el derecho patrio, en "RDP", núm. 2, 1960, pag. 243 y sig. ESPETA MORIANA.-El juicio ejecutivo como proceso de ejecución en el derecho histórico español. Cit., pag. 87 y sig; GREGORIO ROCA SOLANO Y TURNO.- El juicio sumario ejecutivo en los fueros y observancias del Reino de Aragón, en "ADHD", núm. 1, 1946, pag. 163 y sig; GUTIÉRREZ DE CABIEDES.-Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España, en "Estudios de Derecho

contornos de una relación tiene apariencia incontrovertida. Esta aparente inexistencia de controversia, es a nuestro juicio el motivo de su eficacia.

Y esta controversia puede eliminarse:

- Por resolución judicial.
- Por la legitimidad de intervención de la fe pública.
- Por reconocimiento expreso del deudor.
- Por la propia Ley.
- Por el valor del dictamen pericial.

De ahí puede deducirse el error de las doctrinas que confunden la razón de la eficacia del título, con la causa que hace eliminar la controversia.”

En consonancia con lo expuesto, podemos definir el título ejecutivo, como un documento que recoge una obligación exigible, por haber eliminado los interesados judicial o extrajudicialmente la controversia existente sobre su certeza de manera que hace innecesaria cualquier declaración sobre la misma y justifica su exigencia coactiva²².

procesal”(EDP), Pamplona 1974, pag.421 y sig; CARRERAS LLANSANA.- Consideración general del juicio ejecutivo, en “CDJ”, Madrid 1993, pag.12; PÉREZ GORDO.- Contribución al estudio de la historia del juicio ejecutivo, en “RDP”, num.1, 1972, pag.167 y sig; SERRA DOMÍNGUEZ.- Estudios de Derecho procesal, Ediciones Ariel, Barcelona 1978, pag.517 y sig.

22. BECENÁ.- Los procedimientos ejecutivos en el derecho procesal español, en “RPV”, Núm. 82-83, 1920, Pag.221 y sig.; CARNELUTTI.- Jurisdicción y acción ejecutiva. Derecho y Proceso, Trad. Sentis, Buenos Aires 1971, pag.327 y sig.; CARRERAS.- El llamado juicio ejecutivo de la LEC, en “RDP”, núm. 1, 1961, pag.406 y sig.; Ver así mismo SERRA DOMÍNGUEZ, M.- Juicio Ejecutivo, en “Estudios de Derecho Procesal”cit., pag.520 y sig.; CARRERAS.- Consideración general del juicio ejecutivo, en “CDJ”, Juicio Ejecutivo, Publicación del CGPJ, Madrid 1993, pag.9 y sig.; CORTES DOMÍNGUEZ.- Del procedimiento ejecutivo., en “Comentarios de la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Madrid 1985, pag.699 y sig. -La reforma del juicio ejecutivo y proceso de ejecución, en “Comentarios a la Reforma procesal(Ley 10/92 de 30 de Abril)”de F.GÓMEZ DE LIANO(Coordinador) y otros Autores, Edi.Forum, Oviedo 1992, pag.127 y sig.

En consecuencia el que pueda justificarse el acudir directamente a la ejecución en un determinado crédito vendrá determinado porque documentalmente se pueda determinar la exigencia de una obligación evitándose el trámite previo de la declaración porque en definitiva, como señala *RAMOS*, el título ejecutivo encierra en si mismo una abreviatura del trámite procesal de la acción y de la jurisdicción²³ y será necesario que el crédito bancario aparezca en todos sus contornos sin discusión sobre su certeza jurídica, y este es el núcleo de la cuestión.

En el derecho comparado se manifiesta la misma necesidad de acudir a procedimientos mas expeditivos para la exigencia de créditos derivados de la actividad bancaria y conociéndose la posibilidad de acudir al procedimiento monitorio en Alemania (art. 688 a 703 de la Z.P.O.)²⁴, donde no es necesario justificar inicialmente el crédito, pero si el deudor se opone a la ejecución decretada se paraliza la ejecución y ha de acudir al procedimiento de declaración.

En el derecho italiano se conoce el llamado procedimiento de "ingiunzione" en el que a la vista del documento aportado por el actor, se requiere al deudor de pago, dependiendo las actuaciones posteriores de la existencia o no de oposición, como mecanismos, que son similares a nuestro juicio ejecutivo y que vienen a significar un planteamiento unívoco desde el punto de vista procesal que es el que ahora nos interesa, si bien en esta materia como en otras muchas la

23. RAMOS, F.- Derecho procesal Civil. Tomo II. Barcelona 1993, pag. 1004.

24. CALVO SÁNCHEZ, M^a DEL CARMEN.- Exposición del proceso monitorio en el ordenamiento procesal penal alemán, italiano y portugués. Documentación Jurídica, núm. 69, T. XVIII, 1991, pág. 15 y sig. (publicado en octubre de 1992).

realidad ha ido mas deprisa que el derecho y surgen problemas de tratamiento que vamos a tratar de explicar.

En el fondo de lo que se trata es de que pueda eliminarse el proceso de declaración en aquellos casos en los que existe constancia de un crédito, y así vemos como en el derecho italiano si del derecho que se hace valer en la demanda se presenta una “prueba escrita” de aquellas que al efecto están reconocidas por la ley puede obtenerse una ejecución rápida sino hay oposición, sistema que es similar, aunque a nuestro juicio mas perfecto como veremos más adelante, porque existe una semejanza en el fundamento del título ejecutivo y aquella “prueba escrita” a la vista del concepto que hemos dado de título ejecutivo.

En los créditos derivados de contratación bancaria, el problema tiene una doble vertiente:

a) Por un lado la necesidad de otorgar a dichos créditos la agilidad ejecutiva, que la naturaleza de su propia dinámica exige.

b) Por otro, es necesario cubrir esas exigencias mínimas del título ejecutivo, en especial en lo relativo a la liquidez de la cantidad reclamada, y la evolución de tales títulos es una muestra evidente de la lucha por conseguir o al menos representar tal liquidez.

La evolución de la legislación y la jurisprudencia parece caminar hacia la presencia de mayores garantías a quien ha de defenderse en las ejecuciones basadas en créditos derivados de operaciones bancarias, exigiendo una mayor claridad en el tema de fondo²⁵.

25. SARAIZA JIMENA.-El pagaré en blanco emitido por entidades bancarias para ejecutar pólizas de préstamo y crédito: la necesidad de evitar la generalización de un fraude de ley, en “Actualidad y Derecho”, núm..21 de 1994, pag.3 y sig.

Aparece clara esta orientación en la conocida sentencia del TC 14/92 de 10 de febrero, que considera insuficiente para despachar la ejecución en títulos ejecutivos, la presentación de demandas carentes de explicación sobre la procedencia de la cantidad reclamada exigiéndose, la aportación de elementos de hecho y de cálculo, que permitan al juez apreciar, "*siquiera prima facie*", la liquidez y exigibilidad de la deuda, para un control inicial de los posible abusos bancarios.

Pero el asunto no es tan sencillo, porque la doctrina contenida en esa sentencia del TC parecería obvia, sino estuviéramos ante un pretendido título ejecutivo, en relación con el cual, el juez únicamente tiene que comprobar si reúne los requisitos exigidos por la ley desde un punto de vista formal, entre los cuales se encuentra la cantidad líquida²⁶, y si el título la contiene, por definición, en el examen inicial del mismo antes de despacharse ejecución, debe darse por buena, ya que en otro caso se desnaturalizaría, el sentido del trámite. Para eso está la posibilidad de la oposición ulterior en la cual el ejecutado tendrá oportunidad de defenderse, proporcionando los elementos fácticos y probatorios, que puedan demostrar que la cantidad líquida reclamada no era correcta.

Es impensable que el juez pueda en ese momento inicial ponerse a realizar la cuenta para comprobar si la cantidad

26. BAYO DELGADO, Joaquín.- Liquidez, Vencimiento y Ejecución y art.1.435 LEC., Comunicación al "Curso sobre contratos de adhesión y derecho de los Consumidores" del CGPJ, en "CDJ" VI, Marzo 1992, pag.443; BONARDELL LENZANO, Rafael.- La determinación de la liquidez de la deuda liquidable en los procedimientos ejecutivos derivados de los contratos bancarios, en "Revista de Derecho y Comercio" 1987-1; CÁMARA MINGO, Luis María.- Préstamos bancarios: Certificación de la deuda líquida a efectos de su reclamación ejecutiva, en Revista Jurídica "La Ley", 1987- 4, pag.1.117.

reclamada es correcta. El título ejecutivo o la contiene, o si no merece la consideración de tal²⁷. Y esa es la cuestión que contemplaremos a través de diferentes supuestos de créditos bancarios.

Sin embargo, antes de entrar en su análisis, es también preciso que dejemos sentada nuestra adscripción a la teoría de que estos los documentos bancarios, cuando tiene acceso directo al juicio ejecutivo, provocan directamente una ejecución.

Esto es, pensamos como un amplio sector doctrinal, que el juicio ejecutivo es un proceso de ejecución²⁸, por múltiples razones que la doctrina ha puesto insistentemente de manifiesto²⁹, y que aquí damos por reproducidas por ser un tema muy tratado.

27. SERRA DOMÍNGUEZ.- Juicio Ejecutivo, en ""Estudios de Derecho Procesal"" cit., pag.528.3. Señala que el juicio jurisdiccional en este momento debe formarse a base de los siguientes elementos: a) Comprobación de la tipicidad del documento a efectos ejecutivos. b) Examen de la validez del documento y de la obligación. c) Examen del carácter ejecutivo del título. d) Determinación de la Legitimación activa y pasiva. Indica seguidamente que el examen por el juez debe de ser completo porque se trata de despachar la ejecución y reconocer que el título posee idéntico valor que el de una sentencia judicial. Sin embargo me parece que quizás sea excesiva tal afirmación puesto que no hay una identidad jurídica absoluta entre los títulos jurídicos jurisdiccionales y entre los extrajurisdiccionales, dada las mayores posibilidades de oposición a la ejecución en estos últimos.
28. CARRERAS LLANSANA.- El embargo de bienes, Barcelona 1957, pag.73; FENECH NAVARRO.- Estudios de Derecho procesal, Barcelona 1962, pag.501; SERRA DOMÍNGUEZ.- Estudios de Derecho procesal..cit, pag.150.; PÉREZ GORDO.- Reflexiones retrospectivas en torno a la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo, en" RGD",num.s 355,356,357, 1974, pag.306 y sig.; RAMOS MÉNDEZ.-Derecho procesal Civil..cit, pag.1122; DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ LÓPEZ.- Derecho Procesal civil,T.IV, Madrid 1991, pag.27.; GÓMEZ DE LIAÑO F.-El proceso civil. Oviedo 1996, pag.311 y sig. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ,M.A.; RIFÁ SOLER,J.M.; VALLS GOMBAU,J.F.- El juicio ejecutivo. La Ley-Actualidad, Madrid 1997, pag.10 y sig.
29. MONTERO AROCA.-En Derecho jurisdiccional.Proceso Civil (Con ORTELLS,GÓMEZ COLOMER Y MONTÓN),T.II, Barcelona 1991, pag.223. Señala las siguientes:

Pero es muy importante destacarlo porque es un premisa de este trabajo, ya que para los autores que sostienen el carácter declarativo del juicio ejecutivo, habría que distinguir entre títulos ejecutivos, y aquellos que llevan aparejada ejecución.

Así por ejemplo *CORTES DOMÍNGUEZ*, señala que para que pudiéramos considerar a los títulos ejecutivos como títulos de ejecución deberían de dar lugar a la actividad ejecutoria, sin necesidad de requerimiento previo de pago³⁰.

La cuestión terminológica puede verse en ocasiones tan discutida en orden a lo que es, o no, un proceso de ejecución, que *BECEÑA*, llegó a indicar que la ejecución de sentencias no es un proceso ejecutivo³¹.

"a) La Ley de Enjuiciamiento civil en su lenguaje está partiendo de la naturaleza ejecutiva del juicio ejecutivo. Se habla de <<acción ejecutiva>>, <<aparejada ejecución>>, <<efectos de la ejecución>>, <<despachar ejecución>>, <<demanda ejecutiva>>, <<oponerse a la ejecución>>, <<ejecutante>>, <<acreedor>>, <<ejecutado>>, <<deudor>>, <<contestar a la oposición>>, etc.

b) La causa de pedir de la pretensión ejecutiva se reduce al título. Éste funda la petición, que no es libre sino que viene determinada por aquel, y la individualiza, no precisándose otra alegación ni prueba alguna, y ello tanto exista o no oposición. En la demanda ejecutiva debe alegarse: a) que se tiene un título de aquéllos que la Ley estima que llevan aparejada ejecución, y b) que la obligación documentada en ese título cumple los requisitos legales. Estas dos circunstancias deben desprenderse del título mismo, y a partir de él surge el derecho del ejecutante a instar la ejecución y el deber del Juez de despacharla.

c) En el Juicio ejecutivo la citación de remate supone una diferencia respecto de las ejecuciones ordinarias, en las que puede existir oposición, pero ésta no se <<provoca>> por medio de citación alguna.

d) Y finalmente, si existe oposición del ejecutante, el escrito formalizándola no puede concebirse como una verdadera contestación a la demanda sino como una demanda incidental, esto es, como una demanda con la que se da origen a un incidente declarativo. Solo así puede explicarse que de ese escrito se dé traslado al ejecutante para que <<conteste>> y que de esa contestación no exista respuesta por el ejecutado."

30. *CORTES DOMÍNGUEZ*.-Derecho procesal.Proceso Civil.(Con GIMENO SENDRA Y MORENO CATENA) Valencia 1993, Pag.402.

31. *BECEÑA*.- Los procedimientos ejecutivos en el Derecho procesal español, en "RDP", 1920, pag.225.

Para este autor son tres las características fundamentales del mismo:

- a) Que la orden de pago del juez sea dada "*inaudita parte*."
- b) Que dicha orden la emite después de una "*cognitio limitada*"
- c) Y con una facultad tasada de excepciones por parte del deudor.

Y a ellas pueden añadirse la de que, la legitimación y las pretensiones del actor han de venir dadas por el propio título.

Algunos autores³², consideran que es característica también predicable del mismo, el embargo, que no es mas que una medida cautelar, que en numerosas ocasiones acompaña a las actuaciones de carácter declarativo, con lo que no estamos de acuerdo, y pienso que no es mas que una confusión derivada de aquella discutida naturaleza jurídica, porque si realmente se hace profesión de fe, como realiza dicho autor en la naturaleza ejecutiva, es una consecuencia ineludible, la de considerar al embargo como una trámite de la ejecución iniciada, y que se continua sin solución de discontinuidad cuando no hay oposición.

La diligencia de embargo aquí es definitiva, no precisa ratificación, y la propia LEC nos da la pauta al regular precisamente el embargo dentro del juicio ejecutivo en los artículos 1446 y sig.³³.

32. CASTILLEJO MANZANARES.-El juicio ejecutivo basado en pólizas bancarias, Valencia 1996, pag.41.

33. En el mismo sentido ORTIZ NAVACERRADA.-Título ejecutivo y liquidez de las pólizas de crédito o afectos del despacho de ejecución.(consideraciones de doctrina, jurisprudencia y constitucionalidad), Granada 1992, pag. 277 y sig. Señala

No obstante parece que la polémica, queda muy atenuada en las versiones más modernas y autorizadas, cuando, por ejemplo *CORTES DOMÍNGUEZ*, al referirse al juicio ejecutivo ordinario señala:

“El proceso de ejecución tal como veremos en este tema, es utilizado por el Estado para desarrollar una fórmula que es claramente parcial, pues se pone toda la fuerza coactiva del mismo a favor del acreedor aparente”³⁴.

Parece pues, que en el fondo, no existe tanta distancia entre dichas teorías, pues esta afirmación últimamente citada es absolutamente correcta a nuestro juicio, y además está en sintonía con la orientación de este trabajo, en el que se destaca como para determinados créditos, se utiliza una fórmula para poner una fuerza coactiva a favor del acreedor aparente, fuerza coactiva que en la doctrina tradicional es propia del los procesos de ejecución, y este es el sentido que utilizamos cuando hablamos de ejecución de créditos bancarios.

como” el embargo es por definición una actuación ejecutiva, sin perjuicio de que el legislador aprovechando los efectos asegurativos, que tal afección produce, pueda también configurarlo como medida cautelar, que no es sino una provisional y parcial anticipación de una posible ejecución”. Efectivamente, aquí, en el juicio ejecutivo no hay anticipación de ejecución, porque estamos ante el inicio de la misma en el sentido más propio.

34. *CORTES DOMÍNGUEZ*.-Ob.cit, pag.399.

III.

***SUPUESTOS CONCRETOS
DE CRÉDITOS BANCARIOS***

1º.- CRÉDITOS DERIVADOS DE DESCUBIERTOS EN CUENTAS CORRIENTES.

La cuenta corrente bancaria, como en general, todos los contratos bancarios, desde siempre, ha merecido escasa atención del legislador, experimentando, en cambio, una importante elaboración doctrinal³⁵, aunque de menor entidad

35. Cf. MICHELE SPINELLI.- Diritto Bancario, 2ª ed., Padova 1991; MARIO BAUCHE GARCÍA DIEGO.- Operaciones bancarias, 5ª ed., México 1985; FERRI, GIUSEPPE.- Manuale de diritto commerciale, seconda edizione, Unione Tipografico editrice Torinese, Torino 1960; MESSINEO, FRANCESCO.- Operaciones de bolsa y banca (versión española de R. Gay de Montella), edi. Bosh, Barcelona 1957; SCORDINO, FELIPE.- I Contratti bancari, casa Editrice Dott.Eugenio Jovene, Napoli 1965; PORZIO M.- Preliminari ad uno studio dei contratti delle banche, in *Crédito e Moneta*, a cura di Mazzoni e Nigro, Milano 1982; MOLLE G.- I Contratti bancari, Milano, 1981; CAMPOBASSO G.F.- Depositi bancari, in *banca e borsa*, I, 163; SIMONETO.- Il contratti di crédito, Padova 1953; GARONE.- In tema di prova delle operazioni di conto corrente, in *Banca e Borsa ecc.*, 1972, II, pag.175; LORDI.- Le obbligazioni commerciali, II, 1936; VASSEUR ET MARÍN.- Les comptes en banques, I, Parigi 1966; FIORENTINO.- Il conto corrente, Torino, 1953; Le operazioni bancarie", Napoli 1959; MARTORANO.- Il conto corrente bancario, Napoli 1955; FERRI.- Voce: Conto corrente di corrispondenza, in "Enc.del diritto", IX, Milano 1961, pag.666; CANTALBIANO.- Il conto corrente bancario, Padova 1967; GALASSO.- Il contratti bancari, Milano 1973; GIORGIANI.- I crediti disponibili, Milano 1974. MOLLE.- In tema di c/c bancario, in "Banca e Borsa", 1967, II, pag.119; BUONOCORE.- Scoperto di c/c ed obbligo di eseguire gli incarichi cimmesi dal correntista, in "Banca e Borsa" 1967, I, pag.580; GIANNATTASIO.- Antizipazioni della banca nel c/c di corrispondenza, in "Banca e Borsa", 1959, I, pag.374; PASTERIS.- Sulla

que el desarrollo vivido en la práctica, muy importante en la cotidiana actividad bancaria que no llega más que en escasas ocasiones a los tribunales, originando situaciones muy peculiares como la que se recoge en la todavía reciente sentencia que mencionábamos en la nota nº3.

Desde un primer momento la doctrina ha tratado de definirla, rechazando su identidad con la figura del contrato de cuenta corriente mercantil, que a pesar de constituir su más inmediato precedente, gozar de la misma denominación, y compartir algunos de sus elementos, sus esenciales diferencias han quedado claramente constatadas³⁶.

natura giuridica del contratto di conto corrente, in "Riv. dir. comm." 1956, II, pag.30; TONNI.- Il conti correnti di corrispondenza, in "Foro Pad.", 1949, III, pag.96; SANTINI.-Il bancogiro, Bologna 1948; FIORENTINO.-Le operazioni bancarie, Napoli 1959; SALANITRO.-Le banche e i contratti bancari, Torino 1983; COLTRO-CAMPI.-I contratti bancari nella giurisprudenza,in "Raccolta Rotondi", Padova 1977; MAIMERI F.- Potere contrattuale e norme bancarie ininformi, in "Riv.dir.civ.", 1986, II; PRATIS.- La disciplina delle aziende di crédito, Milano 1959; RUTA-Lineamenti di legislazione bancaria, Roma 1965; FIORENTINO.- Del conto corrente,in" Commentario al Codice Civile a cura di SCIALOJA E BRANCA", Bologna 1956; TONDO.-I contratti bancari, I, Roma 1957; CALTA- BIANO.- I conto corrente bancario, Padova 1967; DE MARTINI.- Rassegna critica di giurisprudenza e di dottrina sui contratti bancari, in "Banca e Crédito Agrario", 1951; MOLLE.- Operazioni in conto corrente e i tassi di interesse del "cartello" , in "Banca e Borsa", 1951, II; GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L.- Contrato de descuento y cuenta corriente bancaria: condiciones y consecuencias de una interconexión, en" RDBB", 1984; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE.- Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria, en" RDBB", 1986; MOLL DE MIGUEL.-El contrato de una cuenta corriente:una concepción unitaria de sus diferentes tipos, Bilbao 1977; GARCÍA PITA-La cuenta bancaria en descubierto y los contratos de crédito...cit.; GARONE.-In tema di prova delle operazioni di conto corrente, in "Banca e Borsa", 1972, II, pag.175; MOLLE-La banca nell'ordinamento italiano, Milano 1980; TERRANOVA.- Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare, Milano 1982; NIGRO.-Le operazione bancarie in conto corrente, in A.A.VV., Giur.banc., 1983-84; CANTALBIANO.- Brevi note in tema di approvazione del conto corrente, in "Giur. it.", 1960, I; 1c.; FIORENTINO.-Conto corrente,contratti bancari, nel" Comm. dei Cod.civ. a cura de SCIALOJA E BRANCA",Bologna 1981; MACCARONE.-Operazioni bancarie in conto corrente, in "AAVV.", Giur. banc. 1984-85;

36. Vid.GARRIGUES.- Contratos Bancarios...cit., pag 120- 121.

La cuenta corriente bancaria surgió, como apunta *RIVERO ALEMÁN*³⁷ como consecuencia precisamente de la inadecuación de la cuenta corriente mercantil a las necesidades del sector bancario. La utilización del mecanismo de la cuenta corriente bancaria ofrecía, a diferencia de la cuenta corriente mercantil, la ventaja de permitir la disponibilidad inmediata de los créditos sin necesidad de aplazar su compensación y exigibilidad hasta el cierre de la misma, siendo el crédito concedido de forma unilateral, bien del cliente al banco cuando aparece ligada a situaciones de depósito en las cuales normalmente el banco se erige en la posición deudora, o bien del banco al cliente en las de apertura de crédito donde la posición deudora la ostenta esta vez el cliente.

En su evolución *GARRIGUES* destaca su conversión, de mero pacto accesorio, en un principio, del contrato de depósito, y más tarde también de las operaciones de apertura de crédito, a contrato principal y autónomo³⁸, aunque normalmente asociado a otras operaciones, tanto activas como pasivas, a las que sirve de instrumento contable, pero su causa ya no se encuentra en dichas modalidades contractuales a las que sirve de soporte, sino en el denominado servicio de caja³⁹.

La tendencia apreciada en la doctrina a la autonomización del contrato de cuenta corriente bancaria dada la rele-

37. RIVERO ALEMÁN, S.- *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*. Edi. ARANZADI, Pamplona 1995, pag.399.

38. Vid. GARRIGUES J.- *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid 1975, pag.118 y sig.; SÁNCHEZ CALERO, F.- *Instituciones de Derecho Mercantil*. Madrid 1985, pag.449 a 451 y 456 a 457; URÍA, R.- *Derecho Mercantil*. Madrid 1982, pag.641.

39. EMBID IRUJO, J. M.-*Contratos bancarios y cuenta corriente bancaria*, en "Contratos Bancarios", Civitas, Madrid 1992.

vancia adquirida por el servicio de caja, comienza a reconocerse también por nuestra jurisprudencia⁴⁰. La SAP de Córdoba de 22 de Marzo de 1996, destaca su carácter bilateral, del que se derivan obligaciones para ambas partes, cuyo contenido típico lo constituye el llamado servicio de caja, que supone *"el cumplimiento por parte del banco de las ordenes que el cliente pueda darle, sobre la base de una tipificación a través de los usos bancarios y siempre que el cliente disponga de fondos o créditos para poder efectuar dichas ordenes"*⁴¹.

En el deposito en cuenta corriente, la concesión del crédito es normalmente del cliente hacia el banco y no a la inversa. El banco solo esta obligado a dar cumplimiento a las ordenes que reciba de su cliente hasta el limite cuantitativo que conste en la partida del <<haber>> de su cuenta en el momento de la orden, sin embargo, es práctica bancaria habitual el que pueda preverse y pactarse las consecuencias de los descubiertos en cuenta⁴², cuando el banco permi-

40. La STS de 15 de julio de 1993 se pronuncia al respecto en los siguientes términos: "el contrato de cuenta corriente bancaria va adquiriendo cada vez más autonomía contractual, despegándose del depósito bancario que le servía de base y que solo actúa como soporte contable; en todo caso, la cuenta corriente bancaria expresa siempre una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el banco que los retiene, y que encuentra causa tanto en operaciones activas como pasivas, es decir, que responde tanto a operaciones efectivas en dinero como a créditos que concede el banco a sus clientes.";

41. En el mismo sentido la SAP de Girona de 27 de diciembre de 1996; La SAP de Guadalajara de 24 de diciembre de 1996 y la SAP de Murcia de 29 de enero de 1996.

42. "No se autorizaran los descubiertos en la cuenta, pero, si por cualquier circunstancia se produjeran, su importe habrá de ser reintegrado a la Caja sin necesidad de previo requerimiento devengando entre tanto a favor de la misma el interés que tenga publicado para situaciones de descubierto conforme a la normativa del Banco de España y hasta su total reposición." (Cláusula 4.4. del contrato de solicitud de apertura de cuenta corriente de la Caja de Asturias actualmente en uso).

te disponer de fondos más allá de las cantidades depositadas, transformándose la cuenta de depósito, en cuenta de crédito⁴³.

Una O.M. de Enero de 1981 sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios entiende que *“los descubiertos en cuentas corrientes o excedidos en cuenta de crédito se consideran operaciones de crédito a todos los efectos”*.⁴⁴

Se considera como un principio indiscutible en la mecánica de su funcionamiento, que de la apertura de cuenta corriente bancaria surge la concesión de un crédito por parte del banco a favor del cliente por la simple autorización del descubierto y que a pesar de que debe considerarse una situación excepcional porque dicha cuenta de crédito se abre con otra finalidad, en muchas ocasiones la situación de descubierto se ve favorecida por los enormes intereses y comisiones que se autorizan a percibir, y que el banco, desde luego, no tiene ningún inconveniente en permitir cuando el cliente es solvente⁴⁵.

La AP de Oviedo en Sentencia de 29 de noviembre de 1996 considera que ha de reputarse contrario a lo preceptuado en el apartado quinto de la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de

43. La STS (sala 1ª) de 14 de diciembre de 1983 se fija en la libérrima voluntad del banco en la admisión del descubierto, pero reconociendo el carácter consensual, y perfeccionamiento por el mero acuerdo de voluntades.

44. La STS de 25 de noviembre de 1989, con apoyo en la citada O.M. considera que la autorización del banco de la disposición por parte del cliente de fondos mas allá de las cantidades depositadas *“entraña una concesión de crédito encubierta bajo la forma de descubiertos...existe por tanto una causa jurídica como es la concesión de crédito que justifica el comportamiento del banco.”*

45. BALLESTA BERNAL, V.- El descubierto en cuenta corriente..cit., pag.867 y sig.

crédito, por arbitrario e incontrolado, el hecho de que la Entidad bancaria hubiese procedido a alterar la periodicidad de las liquidaciones, de semestral -hasta el 31 de enero de 1988-, a trimestral- desde el 1 de febrero de 1988- y mensual a partir del 1 de febrero de 1991, sin contar con el acuerdo del cuentacorrentista y sin que la última alteración respecto a la periodicidad de las liquidaciones hubiese sido comunicada al Banco de España⁴⁶, infringiendo a si mismo con tal operatoria, el principio de transparencia y buena fe que debe de regir en todas las relaciones del Banco con sus clientes. Además, considera la sala, que las comisiones percibidas por el banco como consecuencia de practicar las liquidaciones mensualmente suponen, "unos beneficios bancarios por descubiertos totalmente abusivos y desproporcionados"⁴⁷, por lo que declaró nulas todas las comisiones percibidas por el banco que a su juicio habían resultado excesivas.

Cualquiera que sea la opinión que pueda tenerse sobre el descubierto⁴⁸, bien como situación de hecho, bien como

46. "la citada norma sectorial, después de sentar el principio de libertad de fijación de estas comisiones, establece <<no obstante, las Entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, las tarifas de comisiones y gastos repercutibles, con indicación de los supuestos, y en su caso periodicidad con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas...>>. El apartado Quinto C) de la citada Orden Ministerial, añade que, la documentación relativa a las comisiones y gastos repercutibles, debe contener << indicación concreta de su concepto cuantía y fecha de devengo y liquidación, así como en general cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos>>.."

47. "Mediante esta operativa arbitraria e incontrolada de la práctica de liquidaciones mensuales de las comisiones por descubierto han llegado a producirse muchas veces tasas anuales equivalentes superiores al 100% y que llegaron a alcanzar, en ocasiones, el 264,15%, como resulta del cuadro de tipos TAEC confeccionado por el Perito."

48. GARCÍA PITA, J.L.- La cuenta corriente bancaria en descubierto y los contratos de crédito: Criterios para la interpretación legal y contractual, en "RDBB",

préstamo tácito⁴⁹, es evidente que la entidad bancaria tiene

núm. 18, 1985, pag. 428 y sig., aceptando la tesis de la cuenta corriente como subespecie de la comisión manifiesta que "el descubierto, se acercaría, mas que ha una concesión de crédito, a un anticipo de provisión de fondos por parte del comisionista (art. 251 C.Comercio)"; RIVERO ALEMÁN, S.- Disciplina del crédito bancario...cit, pag. 421. Partiendo de la consideración de la cuenta corriente como instrumento y relación que soporta la compensación de otros negocios jurídicos, unido al servicio de caja, el descubierto se nos presenta como una situación de "sobre disposición" o de "sobregiro" sin prejuzgar si se parte de una situación previa de depósito o de crédito convenido contractualmente."; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.- Operaciones bancarias, Edi. Edersa, Madrid 1985, pag. 105. Lo califica de sobregiro si la voluntad de la entidad ha sido evitar la devolución de un cheque librado o de un efecto domiciliado para no producir perjuicios a su cliente de manera transitoria y para que éste reponga el exceso; o de crédito, cuando la cuenta opera con relativa frecuencia con saldo negativo y si a un saldo negativo suceden otros varios "in crescendo", en lugar de ser regularizado."

49. La sentencia del T.S. de 14 de diciembre de 1983 señala que : " Que frente a esa base de hecho, de nada sirve alegar ni la falta de aplicación del art. 311 del Código de Comercio (que se efectúa en el motivo 1º) ya que ese art. se limita a reputar mercantil el préstamo en que concurran las circunstancias a que se refiere; ni la violación, por igual concepto de inaplicación, de los 313 y 314 (motivo 2º), que existiendo un préstamo por tiempo indeterminado, o sin plazo marcado de vencimiento, disponen, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiese hecho y que los préstamos no devengaran intereses si no se hubiesen pactado por escrito, pues A) la existencia de un préstamo es hecho no alegado por la entidad demandante, que tiene basada su reclamación en la entrega de cantidades hasta totalizar la suma adeudada y ello a través de la cuenta corriente a la vista circunstanciada que es el contrato atípico celebrado y al cual (motivo 4º) se refieren las invocadas sentencias de esta Sala de 23 de mayo 1946 (R.570) y 7 de marzo 1974 (R.955) pues, en efecto, B) el contrato de cuenta corriente bancaria es distinto del préstamo por razón de su diferente contenido, ya que puede ir unido a operaciones activas de crédito o a pasivas de depósito, y si, como ocurrió en el caso, la cuenta nació de un depósito al figurar entre las condiciones de la apertura (2ª) la de que el cuentacorrentista podría disponer de "sus saldos" (folio 7 vuelto), era el mismo quien concedía, y no al contrario, crédito al banco, no constando la apertura de una cuenta de crédito del banco al cuentacorrentista; C) produciéndose la extinción del contrato de cuenta corriente por la denuncia realizada unilateralmente y conforme a la condición 7ª. a tenor de la cual " el banco puede...cancelar las cuentas abiertas cuando lo crea conveniente, dejando los saldos a disposición de los beneficiarios, sin necesidad de explicar los motivos de su determinación", y por lo tanto, sin necesidad de sujetarse a plazo ni forma, operándose ipso iure la extinción del contrato con la interrupción de las remesas y el efecto de la inmediata exigibilidad del saldo líquido, produciéndose el fin del contrato, que, en el caso, sobrevino así el 8 de octubre de 1973; y si el límite cuantitativo en cuentas de la naturaleza de la presente viene dado por la cifra expresiva del "Haber" del titular, se sigue que los descubiertos no son sino

acción para obtener el reembolso de la cantidad a que en un momento determinado pudiera ascender, y dada la documentación de la cuenta corriente que se realiza privadamente en la entidad bancaria sin intervención de fedatario alguno ni de circunstancia que permita incluirla en alguno de los supuestos 1429 de la LEC. no es posible acudir a procedimiento de ejecución de forma directa más que a través de diligencia preliminar del art. 1432, para obtener previamente la confesión del cliente sobre la realidad de la deuda.

La simple certificación del descubierto de la cuenta bancaria aunque contenga la liquidación exigida por el art.1435, no sería base suficiente para acudir al juicio ejecutivo de forma directa, porque no existe el instrumento o póliza intervenida por fedatario. Otra cosa sería que a la vista del descubierto, y como es también práctica bancaria usual se hubiese formalizado póliza de crédito, en cuyo caso ya estamos ante otro de los supuestos que se tratan después.

El tema puede conectar con la validez del pacto ejecutivo que las partes puedan haber establecido e incluso con el convenio de liquidez. En la práctica hemos conocido la existencia de supuestos en los cuales se ha expedido una certifi-

una concesión del banco que puede poner fin a la misma con libérrima voluntad hasta tanto no se regularice mediante la concesión de crédito que transforme la cuenta corriente de depósito en cuenta de crédito, pero sin que el mero descubier- to signifique, de suyo, la existencia del crédito, de tal suerte que ni siquiera en el caso de existir ese simple estado de hecho se elimina la operación de la condición recordada, de suerte que en cualquier momento y conformes las partes en el saldo o fijado el mismo judicialmente, es inmediatamente exigible;D) y en cuanto a los intereses acordados en la sentencia y por lo que hace al art.314 citado en segundo lugar, basta con advertir que son otros que los de la mora producida a partir de la fecha del emplazamiento del demandado y que se devenguen hasta la devolución de lo adeudado."

cación del saldo deudor practicada por la dirección de la oficina bancaria, certificación intervenida después por Corredor de Comercio y que tuvo acceso directo al juicio ejecutivo en atención a que *“tales pactos han sido realizados por las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, contemplado en el art.1255 del CC; habiendo quedado probado, como indica el Juzgado, la existencia de la deuda, incluso por el propio demandado señor E., al absolver la posición 5ª, pero no sabe que cantidad es; lo cual deja sin eficacia toda oposición a la realidad de la deuda; por lo que ésta debe cuantificarse, y ello es lo que hace la entidad actora; no pudiendo aceptarse las infracciones a la Ley de Consumidores y Usuarios.”*(SAP de Valencia de 16 de enero de 1996).

Sin embargo, entiendo que todo ello solo será posible si existe una base documental que pueda encajar dentro del 1429 en su punto sexto o en relación con el 1435.4. Puesto que el pacto de liquidez en sí mismo y por sí solo no debe autorizar a otorgar a la documentación fuerza ejecutiva.

2º.- CRÉDITOS DERIVADOS DEL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS.-

Hace ya algún tiempo que la conocida tarjeta de crédito apareció en el mundo bancario, revolucionando el sistema de pago, funcionando internamente como un crédito especial que el banco concede a su cliente, habiendo merecido la atención de la doctrina⁵⁰ reconociéndose su realidad también

50. FERNÁNDEZ DE AGUIRRE.- La tarjeta de crédito como medio de pago, en "Banca Española", núm. 112, 1979; GÓMEZ DE MENDOZA.-

por la jurisprudencia⁵¹ aunque la bibliografía mas importante se ocupa preferentemente de temas de derecho material⁵².

Nos encontramos ante una materia que se ha desarrollado muy rápidamente en los últimos tiempos y con un desa-

Consideraciones generales entorno a las tarjetas de crédito, en "Estudios en homenaje a Joaquín Garrigues", Madrid, 1971, tomo 2; MÉNDEZ VILLAR.- La tarjeta de crédito en España, en "Banca Española", núm. 43, 1973; PÉREZ SERRABONA Y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.- La tarjeta de crédito (hacia un estatuto jurídico), Granada 1987; CARLOS ROMERO.- La utilización abusiva de tarjetas de crédito, en "RDBB", 1987, núm. 26; SÁNCHEZ GUILARTE.- Entorno a la responsabilidad del titular de una tarjeta de crédito cuando la compañía que gestiona las tarjetas de crédito es insolvente, en "RDBB", 1986, núm. 24; SÁNCHEZ MIGUEL.- La nueva regulación sobre el crédito y defensa del cliente, en "RDBB", 1987, núm. 27;

51. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1976 establece que se trata de "la concesión por parte de un banco, a un particular, de un préstamo numérico, con la particularidad de que no se fija exactamente la cantidad, sino un límite máximo que no puede sobrepasar el préstamo sin que las sumas en cuestión sean entregadas directamente al referido préstamo, comprometiéndose simplemente el banco a satisfacer, a los vendedores el importe de las adquisiciones mobiliarias que realice el titular de la tarjeta y que no exceda del tope o límite señalado, debiendo reembolsar más tarde el prestatario al banco las cantidades satisfechas por cuenta de aquel, más los intereses o prestaciones complementarias convenidas, realizando el titular las adquisiciones mediante prestación de la tarjeta y la suscripción o aceptación de las oportunas facturas, cuyo importe perciben los vendedores presentándolas al banco expedidor de la tarjeta."
52. Entre otros, GETE ALONSO.- El pago mediante tarjetas de crédito, en "La Ley", Madrid 1990; DIEZ CREMARES.- Comentario a la recomendación de la comisión de 17 de Noviembre de 1988 relativa a los sistemas de pago y en particular en las relaciones y particulares y emisores de tarjetas, en "Noticia C.E.E.", 1990, núm. 64; INFANTE PÉREZ.- Tarjetas de crédito: su estudio jurídico, en "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid", 1989, núm. 6; GIMENEZ DE PARGA.- Repercussions juridiques del pagament electronic i la seva incidencia en el dret comunitari europeu i en el dret espanyol, en "Revista jurídica de Catalunya", Barcelona 1989, pag. 759 y sig. ONOFRIO TROIANO.- I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conto non autorizzati: un'analisi comparata, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Núm. 171, Casa Editrice Giuffrè, Milano 1996.
Mas recientemente, BARUTEL MANAUT.- Las tarjetas de pago y crédito. Edi. Boss. Barcelona 1997. Realiza un estudio sobre la evolución histórica de las tarjetas, clases y funciones, fuentes normativas y su consideración contractual. NUÑEZ LOZANO.- La tarjeta de crédito. Madrid 1997. Estudia el fenómeno de la tarjeta de crédito, su marco jurídico, los caracteres documentales y aspectos de su utilización.

rrollo anárquico, y sin la regulación adecuada, apareciendo muchas cuestiones sin solución jurídica concreta, en contraposición paradójica a los intereses económicos que detrás de la misma se presentan⁵³.

A) Aspectos documentales de la tarjeta de crédito. El pacto ejecutivo.

Es punto de partida obligado en el estudio que nos ocupa, la referencia sobre el concepto y naturaleza de las tarjetas de crédito, como título impropio como se la denomina en abundante jurisprudencia, porque en definitiva, no es más que un instrumento de pago, de garantía y de crédito⁵⁴, que sobre la base de un contrato subyacente, genera una serie de obligaciones.

Carente de regulación legal, y de una normativa específica, la jurisprudencia se ha manifestado en varias ocasiones sobre el particular. El Tribunal Supremo en sentencia de 22 de noviembre de 1976 la define en los términos siguientes:

-
53. PÉREZ SERRABONA, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.- La tarjeta de crédito. Derecho Comunitario Europeo. Doctrina y formularios, Edi.Comares, Granada 1993, pag.31. "Los mayores peligros que se plantean en el mundo de las tarjetas de crédito son debidos al desarrollo anárquico de las mismas, carente de cualquier tipo de regulación. Sin perjuicio de que tal circunstancia haya contribuido, en un sentido positivo, a la generalización de estos sistemas, ante la ausencia de limitaciones y la total libertad contractual de las partes, la evolución de las tarjetas ha provocado la aparición de muy diversos problemas que si no se solucionan, y además con carácter uniforme, como corresponde a un instrumento jurídico y económico internacional, pueden provocar un nivel de inseguridad en los sujetos que participan en las relaciones jurídicas que se originan con motivo de las tarjetas, especialmente para titulares y establecimientos."
54. RAMOS GONZÁLEZ.- La tarjeta de crédito y la acción procesal que de ellas emana. Posibilidad de su configuración en el marco del juicio ejecutivo., en "Actualidad Civil", t.1, 1991, pag.145.

“La denominada tarjeta de crédito bancario supone la concesión por parte de un banco, a un particular, de un préstamo de numerario, con la particularidad de que no se fija exactamente la cantidad prestada, sino un límite máximo que no puede sobrepasar el prestatario, sin que las sumas en cuestión sean entregadas directamente al referido prestatario, comprometiéndose simplemente el banco a satisfacer a los vendedores el importe de las adquisiciones mobiliarias que realice el titular de la tarjeta y que no exceda del tope o límite señalado, debiendo reembolsar, más tarde, el prestatario, al banco, las cantidades satisfechas por cuenta de aquél más los intereses o prestaciones complementarias convenidas”.

Añade que *“Su naturaleza es semejante a la de los títulos valores, pues en ella concurre la nota de incorporación del derecho a un título, pero ni la literalidad es absoluta desde el momento en que no todo lo convenido entre banco y titular se refleja en la tarjeta, ni el principio de autonomía o independencia entre el título y el negocio subyacente resplandece con toda nitidez, siendo además, dichas tarjetas, personalísimas e intransferibles, estando prescrita la transmisión a tercero de la misma y de los derechos que representan”.*

Aparece una estructura compleja en la que cabe distinguir:

a) Un contrato bancario específico de emisión de tarjeta constituido al amparo del principio de libertad de pactos, y que tiene su principal fuente reguladora en las condiciones generales pactadas que se establecen por las entidades bancarias como reglamento para la utilización de las tarjetas de crédito. Entre nosotros se perfecciona en ocasiones tácita-

mente puesto que el banco remite unilateralmente la tarjeta al cliente que por hecho de utilizarla se considera que acepta esas condiciones generales, lo cual a la hora de las reclamaciones, puede plantear algún problema.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de abril de 1987, expresa que el contrato se perfecciona mediante la firma y uso de la tarjeta de crédito, desde cuyo momento tiene el cliente el derecho a comprar o a arrendar los servicios concertados, y la obligación de pagar al banco los cargos que se le remitan. Debe tenerse presente la recomendación 88/598 de la C.E.E., que exige para su perfección que las cláusulas de las condiciones generales hayan sido previamente conocidas y aceptadas.

b) Tenemos después la tarjeta en sentido estricto confundida frecuentemente incluso por la jurisprudencia con los títulos valores del art. 1.170 del C.C., cuando realmente como ha puesto de manifiesto algún autor, es un simple título de legitimación⁵⁵.

Son títulos que facultan para obtener un determinado servicio, asemejándose a los títulos valores en la precisión de la posesión para ejercer el derecho, pero se diferencian de ellos en que el título de legitimación carece de la literalidad de la actitud para la circulación sin incorporar el derecho a título.

c) Aparecen también una serie de documentos complementarios, que son aquellos justificantes de las operaciones de compra, para los que se ha utilizado o simplemente de extracción de cajero automático que en el momento de la controversia constituyen pruebas documentales.

55 . GETE ALONSO.- El pago mediante tarjetas de crédito...cit, pag.7-10 y 169.

d) Pero es que además aparece también en los casos necesarios, la certificación bancaria con intervención de fedatario en la que se hace constar la identidad con el saldo de los registros o libros bancarios, tal como consta en las condiciones generales de contratación, en cuya disposición se pretende un mayor rigor procesal de cara a facilitar la prueba y la ejecución, llegándose en algunos casos a hablar de la presencia de un verdadero convenio ejecutivo que permitiría acudir directamente a la ejecución para la exigencia de obligaciones nacidas de esta relación.

El convenio ejecutivo fue una institución discutida a principio de siglo que adquirió empuje al amparo del desarrollo mercantil e hipotecario, planteándose en algunas sentencias del Tribunal Supremo, 21-10-1902; y 3-11-1902 su validez que hoy nadie discute, siempre que tenga cabida en algún precepto legal y encaje en el sistema, pudiendo establecerse en documentos intervenidos por fedatario.

Sin embargo me parece que entre nosotros ese convenio ejecutivo a la vista de la legislación procesal vigente, nacido de un documento privado, mercantil pero privado, tiene grandes dificultades de operatividad en cuanto no existe una disposición procesal expresa que lo respalde, y la interpretación extensiva, parece en principio vedada. Ya veremos luego como algunos autores acuden a la analogía para buscar alguna solución en orden a la ejecución directa.

Lo cierto es que las entidades bancarias se encontraron con abundantes problemas a la hora de plantear la ejecución procesal de los créditos de ellas derivados y sabido es que la solución de acudir a un proceso declarativo no es satisfacto-

ria y de ahí que en las pólizas bancarias de emisión de la tarjeta se incluyese la cláusula siguiente:

“ En el supuesto de falta de pago, el Banco podrá exigir solidariamente al solicitante y en su caso a los titulares de las tarjetas principal y adicionales, el reintegro de la deuda pendiente, así como los gastos, intereses y demás cantidades que le sean debidas por el uso de las tarjetas. Será prueba suficiente de la cantidad reclamada, certificación expedida por el banco con intervención de agente de cambio y bolsa o corredor de comercio colegiado. Dicho saldo deudor así expresado tendrá la consideración de cantidad liquida y exigible a los efectos del pago, sin que el deudor (o deudores) puedan de modo alguno impugnarlo o no admitir el contenido de dicha certificación, reconociéndole por anticipado plena eficacia en juicio. Llegado el caso, todos los gastos del proceso serán a cargo del demandado (o demandados)”.

Pienso que estas cláusulas tienen graves objeciones de diversa índole:

a) Penetramos aquí en el terreno movedizo de las cláusulas de estilo en los llamados contratos de adhesión, que merecieron justificadamente la crítica de la doctrina, porque realmente la libertad de pactos no se presenta siendo una consecuencia de la posición preponderante y privilegiada de los grandes contratantes en este caso la banca.

b) Creo que a la luz de las modernas orientaciones recogidas por la legislación en materia de consumo la cláusula que hemos leído y que se sigue incluyendo en abusiva actitud por las entidades bancarias, no es ajustada a derecho.

Mas adelante y en capítulo aparte veremos la incidencia de la legislación de consumo en esta materia.

c) Y desde un punto de vista procesal tiene como veremos importantes objeciones al pretenderse aplicar la normativa de las pólizas intervenidas por fedatario, cuando aquí la póliza base carece de aquella intervención.

Destacamos pues, estos aspectos documentales, porque todos ellos tienen una evidente significación probatoria dirigida a respaldar procesalmente las obligaciones contraídas a través de medio de pago electrónico en supuestos de conflicto.

B) Relaciones jurídicas subyacentes.

En todo caso debe tenerse presente que origina también una complejidad subjetiva porque subyacen relaciones entre diferentes partes pudiendo distinguirse hasta cuatro relaciones jurídicas diferentes⁵⁶:

1ª.- La relación entre la entidad emisora, y el Banco proveedor, que según sus reglas específicas, se limitan a la gestión general del servicio, debiendo la entidad proveedora

56 . El contrato de crédito mediante tarjetas de uso personal, la relación jurídica que se genera es plurimembre y compleja: a) de una parte, un institutor, generador o empresario, se obliga con los expendedores, establecimientos o arrendatarios de servicios, a abonar, con el documento que haya concretado, cuantas facturas de gastos sean emitidas con el respaldo de la peculiar tarjeta de crédito que el institutor emitió; b) al propio tiempo, el institutor concierta con establecimientos bancarios, mediante el premio que se convenga, para que éstos ofrezcan sus tarjetas de crédito a los clientes solventes (también pueden ofrecer directamente sus tarjetas a los particulares respecto a los que el institutor haya investigado la solvencia; c) el establecimiento bancario remite a los clientes que estima solventes sus respectivas tarjetas, con especificación de los límites de solvencia que reconoce, y d) a la recepción u oferta de la tarjeta, el cliente puede destruirla, firmarla y no usarla o usarla (sólo en este último caso nacen sus derechos frente al institutor y sus obligaciones frente al banquero). Sentencia de la AP de Madrid de 11-4-87.

comunicar a la emisora las incidencias que puedan surgir y especial las derivadas de la pérdida o extravío, exigiéndose en este sentido una diligencia superior a la normal y derivada de la especialidad de sus conocimientos y medios⁵⁷.

2ª.- La relación entre el Banco proveedor y su cliente, titular de tarjeta, el primero se obliga sin más a abonar hasta el límite de su crédito, el importe de las compras o servicios utilizados, siempre que los documentos accesorios emitidos cumplan con los requisitos correspondientes, cargándolo después en la cuenta del titular.

3ª.- La relación entre el titular de la tarjeta y los establecimientos donde la utiliza, como medio de pago o crédito, la entidad debe de comprobar y esto es importante a efectos de prueba si en su día surge el conflicto:

- El correcto uso de las tarjetas por las personas autorizadas (Sentencia de S.A.P. de Barcelona sección 16 de 14 de septiembre de 1990).

57. La S.A.P. de Salamanca de 21 de febrero de 1991 se refiere "a la obligación del titular de comunicar de inmediato el robo o extravío de las tarjetas y de la entidad bancaria de proceder a la anulación de tarjetas robadas o extraviadas, con la consiguiente exención de responsabilidad del primero a partir del momento de la notificación; en unión de la absolución prestada por el representante legal de la Entidad demandada a las posiciones quinta y sexta del oportuno pliego, comprensivas de no haber utilizado la misma el fax o teléfono para comunicar a la Central de Tarjetas de Crédito la denuncia del actor —formalizada a las 10 horas del día 29 de junio de 1.989— haciéndose por valija interna sin justificación de fecha de salida; y que la diligencia exigible a la Entidad Bancaria expedidora de la Tarjeta de Crédito no puede ser la correspondiente al hombre cuidadoso o al buen padre de familia, sino la obligada por la especialidad de sus conocimientos, sus obligaciones específicas y la garantía técnica profesional que implica su intervención, imponen, de conformidad con lo prevenido esencialmente por los arts. 1.101, 1.104 y 1.108 del Código Civil 523 y 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia recurrida y la imposición al recurrente de la totalidad de las costas causadas."

- Efectuar la impresión adecuada de la factura.
- Comprobar la vigencia de la tarjeta.
- Cotejo de la firma del cliente para evitar el uso fraudulento de la tarjeta por persona distinta del titular (S.A.P. de Bilbao de 19 de diciembre de 1.986), exigiendo en su caso la exhibición del documento nacional de identidad.
- Remisión a la entidad emisora dentro del plazo.

4º.- Relaciones entre el establecimiento en el que se ha utilizado, y el Banco proveedor que en principio es el que paga.

Y siempre teniendo en cuenta la responsabilidad general del titular por incumplimiento de sus obligaciones y su deber de custodia, exigiéndose en este sentido la diligencia normal y no considerándose como en alguna resolución judicial que el dejar la tarjeta en el interior del vehículo, suponga falta de diligencia en su custodia, puesto que no puede adquirirse el compromiso de llevarla siempre consigo, circunstancia que tampoco por si mismo excluyen el riesgo de robo.

A la vista de esas diferentes relaciones, se habla de tarjetas de crédito cuatrilaterales, que manifiestan esa pluralidad personal que en definitiva se refleja en los problemas que puedan surgir en el funcionamiento, y en cuanto al problema que en este momento nos ocupa se simplifica porque en orden a la prueba cualquiera que reclame tiene que probar los hechos básicos en los que fundamente su reclamación y los problemas ejecutivos pasan siempre por los condicionantes de las Leyes Procesales vigentes, con las peculiaridades de su régimen jurídico.

En definitiva, los problemas procesales de estas diferentes manifestaciones, se reconducen unívocamente.

C) Régimen jurídico.

En todo caso conviene hacer referencia a su régimen jurídico que vendría constituido por el siguientes:

1.- Recomendaciones varias de la Comisión de Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1988, o la de 8 de diciembre de 1987 sobre código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (relaciones entre organismos financieros, comerciantes-prestadores de servicios y consumidores) relativa a los sistemas de pago, y las relaciones entre los titulares y emisores de tarjetas.

2.- Orden de 3 de marzo de 1987 del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre liberalización sobre el tipo de interés y actuación de entidades de depósito. También la orden de 16 de junio de 1986 sobre información que las entidades de depósito deben mencionar en sus contratos.

3.- Habrá de tenerse en cuenta también, la Ley de 19 de julio sobre protección de consumidores y usuarios. La SAP de la Sección 3ª de Granada, de 14 de julio de 1990, señala que: *“El servicio de tarjeta de crédito, tiene las características de un contrato de apertura de cuenta corriente de naturaleza mercantil con las notas características de un contrato de adhesión, sujeto en primer lugar a la Ley General de la defensa de los consumidores y subsidiariamente al Código de Comercio”*.

4.- Desde luego y con carácter predominante, las condiciones generales de la contratación, cuya vigencia y obliga-

toriedad es conflictiva en algunos casos, ya que como es evidente su eficacia surgiría de la oferta y aceptación, y nos encontramos con que, entre nosotros, con alguna frecuencia las entidades bancarias remiten tarjetas no solicitadas a sus clientes que pueden comenzar a utilizarlas sin haber suscrito las condiciones generales. Y por otro lado surge también el problema de la validez de estas condiciones generales a las cuales el titular usuario de la tarjeta, se limita a prestar su adhesión a las cláusulas que unilateralmente el banco presenta y como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 17 de diciembre de 1986 es necesario aclararlas y disponerlas en términos que no perjudiquen a la parte más débil de la relación jurídica, que es aquella que se limita a aceptar las condiciones creadas por la otra.

No obstante y relación con el primero de los puntos, es necesario tener presente que la recomendación 88/590 de la CEE en su anexo 5º expresa que no se enviará ningún instrumento de pago a un cliente a menos que así lo haya solicitado expresamente, y el contrato entre el emisor y el titular se considera celebrado una vez que haya recibido el instrumento de pago y un ejemplar de las cláusulas contractuales por el aceptadas, exigiendo la recomendación 87/598 que los contratos revistan forma escrita y deberán ser objeto de una petición previa definiendo con precisión las condiciones generales.

5.- Y en particular, en orden al tema que nos ocupa, las Leyes Procesales que con carácter general tiene una vigencia absoluta por contener disposiciones inderogables y de aplicación general, con independencia de las condiciones particulares pactadas, y el Código de Comercio y el Código Civil que también contienen normas procesales.

Parece importante destacar que su base reside en un contrato normalmente privado, sin intervención de fedatario, en virtud del cual el banco concede a un particular la posibilidad de utilizar la tarjeta como medio de pago o incluso como crédito hasta un límite máximo, surgiendo dos clases de obligaciones perfectamente diferenciadas:

a) Una por parte del banco de abono de las cantidades correspondientes a las compras realizadas por su medio, y en este sentido el titular del establecimiento en el que se ha utilizado tiene acción directa frente al banco emisor, sobre la base de la documentación sencilla y breve que en el establecimiento se realiza. Este tipo de relaciones no suele generar problemas.

b) Otra por parte del titular de la tarjeta, para reembolsar al banco emisor las cantidades correspondientes en la forma y plazo que hayan convenido, y aquí es precisamente donde surgen los problemas de prueba en caso de discusión y de ejecución procesal, en el caso también de que fuese preciso llegar a este extremo.

D) Prueba.

a) Planteamiento.

En orden a la prueba, llegado el momento de su precisión, al igual que en cualquier proceso judicial, va dirigida a acreditar la verdad, prescindiéndose de las antiguas categorías de verdad formal y verdad material, porque como ya decía *Carnelutti*, la verdad es pura como el agua, o no es verdad, y en este sentido se presenta como una cuestión objetiva, debiendo utilizarse los medios de prueba ordinarios pre-

venidos en las Leyes Procesales, con las matizaciones y peculiaridades que los nuevos medios de reproducción y representación de pensamiento significa.

b) *Objeto.*

El objeto de la prueba siempre son los hechos, y en este caso recaen sobre la realidad de los asientos contables que conforman el saldo, y por supuesto de las operaciones comerciales causales, con las particularidades correspondientes según quien sea el sujeto activo y pasivo de la reclamación.

c) *Medios.*

Para los supuestos que nos ocupan, son medios específicos especialmente idóneos para acreditar los hechos anteriores la prueba documental y la pericial.

La prueba documental viene constituida por la propia tarjeta, y los justificantes de su utilización con la firma o número que la sustituye. Cuando hablamos de documental, lo hacemos en el sentido amplio de comprender todas aquellas posibilidades que nos presentan los nuevos avances de comunicación y conocimiento reconocidos incluso por la LOPJ⁵⁸.

La pericial para demostrar la exactitud o inexactitud de las partidas correspondientes, y operaciones contables de

58. Ver CALVO SÁNCHEZ, M^a DEL CARMEN.- Los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En "Actualidad Jurídica Aranzadi", núm. 157, 7 de julio de 1994, pág.1 y sig.

devengo de intereses etc. Y por cualquier medio de prueba, deberá acreditarse en su caso la diligencia correspondiente en la utilización de la misma y comprobación por parte de quienes la reciben como medio de pago, del cumplimiento de las prevenciones reglamentarias sobre la vigencia de la tarjeta e identidad del usuario.

Tiene especial importancia la certificación bancaria intervenida por corredor de comercio, que presenta un aspecto probatorio indudable de carácter documental público, por la intervención del fedatario, con connotaciones de prueba pericial por el aspecto contable que comprende, aunque como veremos más adelante, puede presentar carencias importantes.

d) Carga de la prueba.

En todo caso, debemos de partir de la regla general del art. 1.214 del Código Civil sobre carga de la prueba, precepto que exige a quien reclama acreditar el hecho constitutivo de su pretensión al objeto de lograr el convencimiento judicial. Y aquí surge el problema de la validez de las cláusulas, y en particular de la famosa cláusula 11 recogida en el denominado "Reglamento" para la utilización de tarjetas de crédito al uso por un buen número de entidades bancarias, como norma reguladora de la tarjeta que indica:

"El banco remitirá mensualmente al titular un extracto de la cuenta con el detalle de operaciones efectuadas, y el saldo pendiente de pago, pudiendo el titular en el plazo de diez días contados a partir de la fecha del extracto, efectuar, por escrito cualquier reclamación relativa al mismo.

Transcurrido dicho plazo sin que el titular haya puesto ningún reparo, se considerará que ha prestado su conformidad al extracto de cuenta remitido y el titular quedará obligado al reembolso correspondiente”.

En algunos casos se añade: “*Se presumirá que los saldos mensuales, no impugnados por escrito durante el mes siguiente a su liquidación, son correctos y harán fe en juicio, salvo prueba en contrario aun cuando el titular alegara que no hubiera recibido el extracto correspondiente”*

Esta última cláusula ha sido considerada nula por alguna resolución judicial, bajo la consideración de ser indisponibles para las partes las reglas de valoración judicial de la prueba dada su naturaleza publicista.

Me parece sin embargo que hay que distinguir en esta materia dos cuestiones diferentes:

a) La posibilidad de establecerse un plazo de caducidad convencional para impugnar el saldo, lo cual puede ser en principio admisible cuando va referida a la conformidad en principio por el cliente cuando durante un determinado tiempo no la impugna, en cuanto esta en consonancia con la propia naturaleza de las obligaciones bancarias que exigen un sistema de funcionamiento y una especial celeridad mercantil.

b) Pero otra muy diferente, es la de que ello pueda significar una inversión de la carga de la prueba, eliminando la obligación general del art. 1.214 del Código Civil y haciendo recaer sobre el cliente, en este caso usuario, la obligación de acreditar que el saldo presentado por el banco no es correcto, porque dicha cláusula de inversión de la carga de la prueba, si bien es establecida por algunas normas específicas

y como excepción a la regla general, en el caso presente, no solamente no esta establecida, sino que es contraria a la Ley 26/84 de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, y en definitiva en este caso el cliente es un usuario, que en su artículo 10.1 C en relación con el punto 4 inciso 8, establece la nulidad de pleno derecho de las cláusulas que suponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de el usuario, por lo que en definitiva ninguna cláusula contractual podrá modificar la doctrina general de que la entidad bancaria habrá de probar la realidad de los asientos que llevan al resultado del saldo final certificado cuando se plantea discusión.

En el caso de que la partidas debidas deriven de operaciones de compra efectuadas, esta prueba resulta sencilla en cuanto obrará en poder de la entidad bancaria los resguardos correspondientes justificativos de la compra y el pago normalmente firmados por el cliente, con lo cual la prueba de la obligación vendría constituida por extracto bancario y por las facturas o notas de venta correspondientes.

Entonces, ¿que valor tiene aquella conformidad en el saldo? Pienso que tiene un valor provisional, acto únicamente para funcionar en ausencia de conflicto y por lo tanto dentro del tráfico ordinario, pero nunca puede otorgarsele un valor definitivo, pues deben quedar a salvo las posibilidades de error, subsanables en el proceso por aquella prevalencia de verdad material, y también las derivadas de notificaciones defectuosas, siempre posibles en el medio ordinario en que se producen, que es el correo.

Y cuando dentro del proceso la entidad bancaria presenta con prueba documental con su demanda, o ulteriormente,

ya que sería posible hacerlo si es en la contestación de la demanda cuando se cuestiona la realidad de la certificación, aquí ya correspondería la carga de la prueba de su improcedencia o inadecuación al titular que la alega, cuando afirma por ejemplo:

a) Que no ha realizado la compra, o que la firma no es suya.

b) Mayores dificultades surgirían de la utilización del número secreto porque siempre debe presumirse que fue utilizado por su titular.

Efectivamente en los supuestos de cantidades extraídas de cajeros automáticos en las cuales no consta la firma del usuario y la única prueba viene constituida por la utilización del número secreto que exclusivamente conoce el usuario.

El mecanismo está preparado de forma que, solo utilizando dicho número pueda obtenerse el cobro de cantidades, lo que significa que la máquina en cuestión solo funciona bien con dicha numeración, y por tanto habrá de entenderse probado su intervención y pensamos que sustituye en este sentido a la firma con la particularidad de que evidentemente el tecleo de dicho número, no es necesariamente personal y puede hacerlo cualquier persona que lo conozca, debiendo de entenderse en este caso que la responsabilidad es del titular, bien por la confianza concedida a un tercero que presume autorización para disponer, o por la culpa o negligencia en su custodia.

En todo caso son admisibles las hipótesis de errores o funcionamiento irregulares pero entendemos que en ningún caso podría servir de excusa la manifestación del cliente de no haber utilizado dicho servicio.

En la recomendación citada 88/590 de la CE de 17 de noviembre de 1988 en el punto 6.2 del anexo, se establece que:

“en cualquier controversia con el titular en relación con el pago por medios electrónicos que suponga el uso de tarjeta, especialmente en el punto de venta; retirada de billetes, depósito de billetes y cheques y operaciones conexas, por medio de mecanismos electrónicos, (como distribuidores automáticos de billetes y cajeros automáticos) y pago por medio electrónicos realizados por un particular sin emplear una tarjeta, (como las operaciones bancarias desde el propio domicilio); y en lo que respecta a la responsabilidad por una transferencia de fondos por medios electrónicos no autorizada, corresponderá al emisor probar que la operación fue correctamente registrada y correctamente contabilizada, y que no resultó afectada por alguna avería técnica o cualquier otra anomalía”.

En las condiciones generales de contratación suele disponerse, naturalmente a efectos probatorios, que *“el establecimiento conservará los documentos firmados por el cliente durante el plazo que marque la legislación vigente y deberá aportarlos en un plazo inferior a 10 días cuando le sean solicitados por el Banco que mantiene la cuenta donde se abonaron las transacciones, si dichos documentos no fuesen aportados, el establecimiento asumirá los quebrantos de la negativa de los titulares a admitir el pago correspondiente a dichas transacciones”.*

En cuanto al plazo de conservación que marca la ley, habrá de tenerse en cuenta que el art. 45 del Código de Comercio, exige a los comerciantes la conservación de los

libros, correspondencia, documentos y justificantes concernientes a su negocio debidamente ordenados durante cinco años a partir del último asiento realizado en los libros, disposición precisamente dirigida a facilitar la prueba. Deberá tenerse presente la legislación fiscal exigiría contar los cinco años desde la fecha de presentación de declaración.

En este orden de cosas, y atendiendo a las diversas relaciones que según hemos indicado pueden surgir, puede distinguirse:

A) La eventual reclamación frente al Banco por parte de entidades vendedoras, supuesto infrecuente, pero que en su caso obligará a aquella entidad a acreditar documentalmente que la operación se ha realizado con la especial diligencia de comprobar la identidad del titular de la tarjeta y su vigencia.

B) Más frecuente son las reclamaciones de las entidades bancarias suministradoras de la tarjeta frente a sus titulares, por razones que todos conocemos, y precisamente al objeto de facilitar la prueba se suele establecer como cláusula especial en las condiciones generales que:

“Cuando el titular de la cuenta incumpla cualquiera de las normas contenidas en el contrato, el banco podrá reclamar el importe de la deuda pendiente, así como los intereses, gastos, impuestos y demás cantidades debidas por el uso de la tarjeta. El saldo deudor de la cuenta, se acreditará mediante certificación del banco con intervención de fedatario público, en el que se hará constar su identidad con el saldo de los registros o libros bancarios, considerándose dicho saldo como cantidad líquida y exigible a los efectos de reclamación judicial”.

A través de este procedimiento se consigue una cantidad líquida y exigible a efectos de reclamación judicial, constituyendo evidentemente una prueba documental, con la intervención de fedatario y corredor de comercio, que mientras no se demuestre lo contrario aparece revestida de circunstancias, en virtud de las cuales alguna resolución, como la sentencia de la Audiencia provincial de Murcia (S.3ª) de 20 de marzo de 1990, considera que goza de la presunción de veracidad, en cuanto a la liquidez y cuantía de la deuda, conforme a los artículos 93 del Código de Comercio y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afirmación que debemos de examinar con alguna prudencia porque el referido en ambos preceptos a los que se remite, indican únicamente que la intervención de tales fedatarios, puede dar valor de documento público y solemne, que como tal únicamente hace fe de la fecha y de el acto que origina su otorgamiento, pero no de que lo que se diga en el mismo sea verdad, porque lo que realmente realiza el fedatario, es dejar constancia de la identidad del saldo con el registro bancario, pero nunca puede significar una corrección absoluta de los apuntes contables por el que se carga en la cuenta corriente las diferentes partidas, en cuanto es una operativa interna que realiza el banco unilateralmente, y en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona (Sala 2ª de 13 de marzo de 1.990) significa que ni siquiera hace prueba de la fecha del apunte y su corrección, ya que la notificación depende de un sistema tan aleatorio y sorpresivo como el correo.

Me parece que en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) de 13 de junio de 1990, se acerca a la realidad cuanto:

“No puede identificarse desde el punto de vista legal y jurisprudencial los términos de acreditar y probar, en tanto que el primero equivale atendiendo el fin de la prueba a “semi plena probatio” que por definición únicamente trata de producir cierta certidumbre o probabilidad a la cual se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando habla de acreditar, justificar, o de principio de prueba que se entiende cumplido del modo en que el fedatario lo ha efectuado, lo que no empece ni obstaculiza, que el deudor, reconocida la fehaciencia o autenticidad de la certificación acompañada, pueda oponerse a la liquidez de la obligación, por no haberse llevado a cabo según las reglas del propio título, u oponer pluspetición cuando la cantidad no sea la debida”.

Conviene determinar en que consiste y hasta donde llega la intervención del fedatario que a mi juicio y a la vista de la práctica bancaria, se limita a comprobar el importe del saldo, de una manera bastante mecánica, y sin mayor complicación. En algunas resoluciones, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (S. 8ª) de 26 de marzo de 1.991, se quiere resaltar que *“la intervención del corredor de comercio si bien no puede limitarse a comprobar la conformidad del saldo que conste en la certificación expedida por la entidad de crédito con el que aparezca en la cuenta corriente abierta por el deudor, de modo alguno puede convertirse en una prueba pericial contable”*, quedando en el aire hasta donde debe llegar dicha intervención si es algo más que una comprobación pero no es desde luego una prueba pericial.

A mi me parece que no es más que una simple comprobación que sirve de principio de prueba, y que en caso de impugnación por un titular demandado, exigirá el estudio

contable y pormenorizado de los diferentes apuntes contables que llevan al saldo. Y en este caso concreto, ¿a quien correspondería probar esa exactitud?, ¿Al banco que presenta el principio de prueba, o al que lo impugna?

Entiendo que para resolver esta cuestión tendríamos que partir de la calidad de la prueba presentada por el banco, referida a la certificación del fedatario que le otorga la consideración de documento público, que según el art. 1.218 del C.C. hace prueba de su fecha y del hecho que motiva su otorgamiento, pero no de lo que en el mismo se contiene, no hace prueba de la realidad del saldo y mucho menos de los asientos contables, y en el supuesto de impugnación de su contenido, exigirá al banco la carga de probar la realidad de su mecánica operativa interna, que ha realizado unilateralmente y que es correcta, sin perjuicio de que también convenga al cliente titular proponer la prueba pericial contable correspondiente o la oportuna para insistir en los puntos en los que considera que le asiste la razón.

E) Ejecución.

a) Planteamiento.

En íntima relación con el problema probatorio, esta el de la ejecución, en cuanto en definitiva, y de acuerdo con el antiguo principio de "*nulla executione sine título*" para acceder a la misma, es necesaria la presencia de un título ejecutivo, título ejecutivo, que como ya pusimos de manifiesto al tratar su evolución histórica, inicialmente estuvo constituido de forma exclusiva por la sentencia judicial considerado como el idóneo para conseguir la certeza que la ejecución requiere.

Ya en el derecho romano se admitió la posibilidad de la ejecución, cuando la certeza se conseguía por el reconocimiento del deudor. Y después avanzando en el tiempo, la intervención de fedatario público hacia revestir a determinados instrumentos de los requisitos de certeza precisos para abrir una ejecución sin necesidad de una sentencia. Exigencias del tráfico mercantil, determinaron que el ordenamiento jurídico permitiese también la ejecución sin sentencia sobre la base de determinados instrumentos como la letra o el cheque, aunque en ellos no interviniese fedatario público.

Lo cierto es que en materia muy relacionada con el tema que hoy nos ocupa, se ha llegado a admitir en el derecho vigente, y después de diversos problemas de aplicación en la práctica y de reformas legislativas que culminaron con la última de 1.984 reformadora de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que determinados créditos derivados de contratos mercantiles, tuviesen la eficacia privilegiada de acceso directo a la ejecución, en las condiciones que determina los artículos 1.429 y 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y precisamente veremos como en las pólizas mercantiles se viene librando una batalla legislativa y jurisprudencial precisamente por la necesidad de acreditar la fijeza y liquidez del crédito.

b) *Títulos ejecutivos.*

Con el fin de facilitar el acceso a la ejecución, la Ley de 16 de diciembre de 1954 dio carácter ejecutivo a las pólizas con tal de que se acompañe certificación en la que el agente acredite su conformidad con los asientos de su libro registro y la fecha de estos, reforma que dejó en el aire el problema de la

determinación de la cantidad líquida por la que debe de despacharse ejecución, que si bien se recogía en una Orden Ministerial de 21 de abril de 1950 sancionadora de la practica contractual bancaria que admitía como buena la liquidación del crédito realizada por el banco considerándose líquida la suma de la certificación librada por la entidad acreedora, siempre que dicha certificación fuese intervenida por fedatario.

Y, en fin, en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por ley 34/84 de 6 de agosto se aclara la cuestión de la liquidez, al decirse que: *“aquella se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo, y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta del deudor”*.

A partir precisamente de esta legislación, las entidades bancarias contaron con mayores posibilidades en orden a acudir a la realización mas efectiva de sus créditos pero siempre y en este caso también quedo sin resolver el problema de la cuantía a reclamar, que sigue vigente, como veremos, también para otros supuestos nacidos del trafico bancario.

Algunos autores⁵⁹ se preguntan si un contrato de tarjeta

59. PÉREZ-SERRABONA Y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ- La tarjeta de crédito, Derecho Comunitario Europeo, Doctrina y Formularios...cit, pag. 134. Refiriéndose a la posibilidad de que los créditos derivados del uso de tarjeta de crédito se incorporen algún título para ser ejecutivo y en especial por la intervención de fedatario mercantil, señalan: “en la práctica, hacen inviable tal consideración, ya que dada la (en principio y en la mayoría de los casos) escasa cuantía derivada de la utilización de la tarjeta, será antieconómico para los emisores solicitar la intervención de fedatario mercantil. Pero además hay otra dificultad, consecuencia de la diversidad de tarjetas de crédito. En las tarjetas trilaterales el saldo deudor no vendría determinado por la entidad emisora, sino que vendría determinado por los datos y documentos comunicados y remitidos por los establecimientos, con lo que, en origen los libros de comercio a los que habría de remitirse el saldo deudor sería a los de los establecimientos.”

de crédito, intervenido por corredor de comercio, y con una cantidad acreedora para la entidad emisora certificada por la misma conforme a sus libros y antecedentes documentales, podría dar lugar a un título ejecutivo incardinable en el art.1429.6 de la LEC., manifestándose en su contra en base a que los datos de los que resulta el crédito en los movimientos derivados del uso de la tarjeta no resultan de los propios del establecimiento bancario sino que tiene su origen en los documentos comunicados y remitidos por los diferentes establecimientos mercantiles en los que la tarjeta fue utilizada por lo que resuelven la pregunta en el sentido de que no se dará vía para acudir a un juicio ejecutivo en principio salvo que se acuda a las diligencias preparatorias de ejecución conforme a los art. 1430 y sig. de la LEC.

Se aprecia pues la semejanza en el planteamiento pero el traspasar este sistema de titulación ejecutiva de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los créditos derivados de las cuentas ordinarias y documentación o contratación que privadamente formalizan los particulares con las entidades bancarias, presenta problemas graves.

Otros autores encuentran semejanza entre los negocios mercantiles ya insertos en pólizas de crédito y los concertados a propósito de las tarjetas de crédito, entendiendo que puede recurrirse a la analogía que cumpliría su función integradora y sostienen que las tarjetas de crédito pueden incardinarse en la categoría de títulos nominativos representativos de un derecho de crédito que le es incorporado cuando su disponibilidad exceden del margen de cobertura y se conjuga su intervención por fedatario mercantil, quedando la liquidez del saldo deudor documentada por la certificación

prevenida por el art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entonces su exigibilidad sería viable a través del procedimiento ejecutivo⁶⁰.

Dicha opinión pretende conciliar y unificar la doctrina de los títulos ejecutivos nº 5 y 6 del art. 1429, y ello me parece que no es posible por dos razones:

a) Porque no es un título valor, que incorpore el derecho al título.

b) Porque no estamos ante póliza originales, intervenidas por fedatario, y en este sentido es evidentemente ilustrativa la evolución histórica de los títulos ejecutivos en la cual se aprecia la necesidad de que la controversia que pueda existir sobre un determinado crédito debe de eliminarse en princi-

60. RAMOS GONZÁLEZ. Las tarjetas de crédito y la acción procesal que de ellas emana...cit, pag. 149 y sig. Se refiere a la evolución de los títulos ejecutivos, en relación con el proceso y la documental explicando las exigencias sociales que fueron cubriendo en orden a la rapidez que el tráfico mercantil impone porque en situaciones de relativa certeza se trata de agilizar la realización forzosa de acciones dinerarias y dice: "En este sentido, y con singular referencia a las tarjetas de crédito, ha de sostenerse que la vida económica moderna se basa y desarrolla primordialmente sobre el crédito operaciones que suministran riqueza presente a cambio de su reembolso futuro. Estas operaciones constituyen una viva exigencia en el mundo actual, pues la riqueza tiende cada vez más a hacerse representar por títulos de crédito y circular económica y jurídicamente por medio de los mismos, creando sobre la circulación de las cosas (muebles, inmuebles y dinero), una circulación documental integrada en las tarjetas. Su suscripción derivada de un contrato original, adhesivo, conviértese en soporte material de la obligación y, como afirma Ascarello, han venido a representar la mejor aportación del derecho comercial, a la civilización moderna, desempeñando en su estimación jurídica una función constitutiva, porque el nacimiento del crédito requiere su creación, y la conexión de aquél y ésta no es sólo originaria, sino permanente, de manera tal, que la tarjeta atribuye el derecho, y éste no puede ejercitarse sino por quien la posee, y así el documento pasa a un primer plano, surgiendo una inversión de términos; el derecho vinculado a la tarjeta se convierte en accesorio, y éste la sigue; de aquí las locuciones empleadas por el doctrinalismo italiano, cuando nos hablan del diritto cartolare y de la obbligazione cartolare, aludiendo a que la suerte del derecho y de la obligación va ligada a la suerte de la tarjeta, debiendo distinguirse entre el negocio subyacente y el escrito negocio documental."

pio bien por resolución judicial, por la legitimidad de la intervención de la fe pública, o por la propia ley cuando quiera dar una especial eficacia, a un determinado instrumento, como ocurre con la letra de cambio⁶¹, exigiéndose en todo caso la presencia de unos requisitos en orden a:

a) De carácter formal que se concretan en la precisión de un documento revestido de formalidades legales.

b) De orden material relativo a las calidades que debe ostentar la obligación que contiene y que se definen en las siguientes:

1º.— Carácter definitivo.

2º.— Referidos a cantidad líquida y determinada.

3º.— Vencida y exigible.

La legislación italiana hace alusión a la certeza, conforme a la cual el título debe presentar una apariencia de la que no surjan dudas en torno a la existencia de la obligación, es un requisito trascendental, ya que de poco sirve que la obligación sea líquida y vencida si no es cierta.

Es muy difícil predicar en la certeza, o mejor dicho, exigirla en términos absolutos. Únicamente podemos pedir una “_apariencia de certeza “ para evitar ejecuciones que puedan ser injustas, y por ello la legislación vigente exige que el título ejecutivo sea creado exclusivamente por ley y en esta materia nos parece muy difícil por no decir imposible la aplicación de la analogía, por muchas consideraciones de orden sociológico, o de política jurídico mercantil que las abonen.

61. GÓMEZ DE LIAÑO, F.- El Proceso civil..cit., pag. 277 y sig.

También puede constituirse el título ejecutivo, por voluntad de las partes, una vez que el conflicto ha surgido y llegamos a una transacción recogida en documento público o judicial. Y en este sentido podría hablarse de un convenio ejecutivo que sería admisible aquí porque en definitiva se encontraría dentro de uno de los supuestos admitidos por el art. 1429, cuando conste en escritura pública, y se reconozca la realidad de una deuda líquida en cuantía suficiente.

No debemos de olvidar que el título ejecutivo constituye el fundamento de la ejecución y determina la extensión de la acción ejecutiva⁶², debiendo de limitarse su establecimiento a los supuestos en los cuales puedan en definitiva garantizarse un mínimo de exigencias, porque la doctrina moderna viene denunciando la excesiva proliferación de títulos ejecutivos, no solo en nuestra legislación, sino también en el derecho comparado, y es evidente que por un lado tenemos que atender a la protección del tráfico jurídico y de las necesidades de que cada día se imponen, pero a la vez es necesario atender a las garantías de carácter personal, evitando que la progresiva ampliación de títulos extrajurisdiccionales originen ejecuciones conflictivas.

Me parece pues que los créditos ordinarios derivados de contratos mercantiles formalizados por las entidades bancarias y los titulares de tarjetas, al ser confeccionados privadamente, la certificación del fedatario en orden al saldo sirve

62. . PRIETO CASTRO.- Derecho Procesal Civil, Madrid 1964, tomo 2, pag.263; SERRA DOMÍNGUEZ.- Estudios de Derecho Procesal..cit., pag.620; GÓMEZ DE LIAÑO.F., en colaboración con ROSA GÓMEZ DE LIAÑO.- Jurisprudencia cambiaria. Juicio Ejecutivo, 3ª ed.,Edi. Forum, Oviedo 1993, pag.77.

exclusivamente a los efectos de determinar la liquidez de una deuda precisa para cualquier reclamación tanto en proceso declarativo, como ejecutivo, y por lo tanto su ejecución exigirá previamente la resolución judicial, o sentencia recaída en proceso declarativo que corresponda a su cuantía y me parece que la práctica cotidiana así lo acredita.

Otra cuestión es la oportunidad en orden a la inclusión en la relación de títulos ejecutivos expresamente admitidos, el documento acreditativo del crédito derivado del uso de estos modernos instrumentos, y en este sentido me parece que la liquidez presentaría siempre problemas en cuanto la certificación del fedatario solo da fe de la existencia de unos asientos pero no de su realidad, teniéndose en cuenta que se trata de asientos conflictivos que proceden de compras en establecimientos con el respaldo correspondiente de una firma o de un número secreto que pueden plantear problemas en orden a su certeza, y para discutirse en la incidencia declarativa que nuestro juicio ejecutivo admite, no significaría una ventaja destacable.

Y decíamos que el problema de la prueba se encuentra en íntima relación con el de la ejecución, porque si como sostenemos, las liquidaciones contenidas en la certificación del corredor de comercio sobre el saldo que arroja la utilización de una determinada tarjeta de crédito en el período pactado, constituyen nada más que un principio de prueba, que ha de ser verificado a través de un proceso, y ratificado por una sentencia judicial que será el verdadero título ejecutivo, corresponde a la entidad bancaria la carga de la prueba de todos los datos contables contenidos en dicha liquidación.

Mientras que por el contrario, si como hemos visto sostiene algún autor, pudiera aplicarse la analogía, y estuviese abierta la posibilidad de juicio ejecutivo, el planteamiento probatorio sería muy diferente por la propia mecánica de este procedimiento que como es sabido es una variedad del monitorio documental y cuya naturaleza jurídica ha sido muy discutida.

A diferencia de lo que algunos sectores forenses consideran, el tema de la naturaleza jurídica de las instituciones procesales, es interesante, fecundo y necesario para explicarnos algunos fenómenos particulares, y así si considerásemos que el juicio ejecutivo es un procedimiento declarativo más, como entiende un sector tradicional de la doctrina⁶³, el tema que ahora nos ocupa carecería de trascendencia práctica, puesto que a la entidad bancaria le daría exactamente igual llevarlo a un juicio declarativo o a otro.

Pero lo cierto es que nuestro juicio ejecutivo es un verdadero procedimiento de ejecución, y si alguien lo sabe bien son precisamente las entidades bancarias, porque presentada la demanda ejecutiva, se despacha inmediatamente de ejecución, y si el deudor no se opone, no es necesario acreditar ni probar nada, porque la ejecución sigue adelante, y si el ejecutado se opone, es el precisamente el que tiene que formular incidente de oposición y llevar en el la iniciativa alegatoria y probatoria, con lo cual le correspondería a él la carga de la prueba de forma absoluta sobre la inexactitud de los asientos contables o de la liquidación definitiva contenida en

63. Ver PÉREZ GORDO.- El juicio ejecutivo y su naturaleza jurídica, en "Estudios de Derecho Procesal", Zaragoza 1981.

la certificación del fedatario. Con lo cual como vemos la diferencia de trato es palmaria.

Por lo tanto debemos de concluir que en la situación actual, y ya referidos a esa situación más frecuente, que será la de la reclamación de la entidad bancaria frente al titular de la tarjeta, dicha reclamación deberá de formalizarse en el juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía, correspondiendo en el mismo al demandante la carga de la prueba de los hechos que justifican su reclamación, ya que la certificación del corredor, es únicamente un principio de prueba, que por la simple motivación de su negación o impugnación, obligaría al banco a desplegar la actividad probatoria correspondiente mediante la documental y pericial oportuna para demostrar la realidad del saldo y la oportunidad de la reclamación del principal y de sus intereses.

F) Embargo preventivo.

Por último nada mas referirme muy brevemente a la posibilidad de solicitar embargo preventivo sobre la base de la titulación a la que nos venimos refiriendo, y la cuestión se centrará en dilucidar si conforme al art. 1.400 de la LEC, esa liquidación es documento del que resulte la existencia de una deuda, porque ya hemos visto no debe considerarse ejecutivo y no puede entrar en la mecánica del art. 1.401.

Entiendo que de conformidad con lo que venimos sosteniendo, y con la idea de que puede constituir un principio de prueba, sería título bastante para interesar el embargo preventivo, anterior o simultáneo con la demanda, siempre

que el deudor se encuentre en alguno de los supuestos en los recogidos en dicho artículo 1.400, es decir, la liquidación y certificación del fedatario, podría proporcionar “el *fumus boni iuris*” preciso para la medida cautelar, exigiéndose las circunstancias que en el caso concreto determinasen la presencia del “*periculum mora*” justificador de la medida.

En todo caso deberá tenerse presente la peculiaridad de que no sería necesaria en estos casos la presentación de fianzas, porque a la entidad bancaria, se le presume responsabilidad conocida a los efectos del art. 1402 de la LEC. Aquí vemos perfectamente la diferencia tan palpable que existe entre el embargo como medida cautelar y el embargo como diligencia propia e integrada en la ejecución, a la que anteriormente nos hemos referido, porque el juicio ejecutivo como procedimiento de ejecución, no precisa de esa medida cautelar, al acudir directamente a la aprehensión de bienes de forma definitiva, y sin necesidad de ratificación ulterior.

3º.- CRÉDITOS DERIVADOS DE PÓLIZAS INTERVENIDAS POR FEDATARIOS .-

En la Ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1830, en su artículo 306 párrafo 6º, ya se refería a las pólizas originales de contratos celebrados con intervención de corredor público, concediéndoles el privilegio de constituir título ejecutivo, siempre que cumpliesen determinadas prevenciones en orden a su fehaciencia y liquidez.

El citado artículo constituye el antecedente más inmediato del art.1429 núm.6º de la LEC, que en su redacción originaria incluía a las pólizas originales de contratos mercantiles intervenidas por Agentes de Bolsa o Corredor público entre los títulos que llevaban aparejada ejecución, condicionando su eficacia ejecutiva a comprobación judicial.

La reforma introducida por la Ley de 16 de diciembre de 1954 vino a sustituir el trámite de su cotejo judicial con los libros del Agente o Corredor, por una certificación del fedatario interviniente que así lo acreditase, suponiendo tal modificación un importante paso hacia delante en orden a la fehaciencia atribuida a los Agentes intervinientes de actos y contratos mercantiles .

Lo cierto es, que para poder instar un procedimiento ejecutivo no basta con la mera tenencia de un título que lleve aparejada ejecución, sino que además, deben cumplirse determinadas exigencias, propias de la estructura del ordenamiento, como la liquidez y vencimiento de la deuda tal y como especifica el art.1435 de la LEC, sin las cuales, el sistema naufragaría.

Y es Precisamente, por los problemas que planteaba la falta de liquidez de las deudas resultantes de determinadas operaciones de crédito, financiación o afianzamiento, (por ser dicha liquidez exigencia clave para desplegar su fuerza ejecutiva), por lo que fue introducido el penúltimo párrafo del art.1435 de la LEC, que prevé un especial procedimiento liquidatorio, precepto que ha sufrido sucesivas modificaciones hasta la última operada por ley 10/92, de 30 de Abril, de medidas Urgentes de Reforma Procesal⁶⁴, que reformó el citado artículo en el sentido de:

“Si en los contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6 del art.1429 de esta ley, se hubiese convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, aquella se tendrá por líquida, siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor. En el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En los casos a los que se refiere el párrafo anterior, la entidad acreedora deberá notificar previamente al deudor o al fiador el importe de la cantidad exigible.”

64. Ver CORTES DOMÍNGUEZ.-La Reforma en el juicio ejecutivo y proceso de ejecución...cit, pag. 129 y sig.; DAMIAN MORENO.- El juicio ejecutivo, En la Reforma Procesal Civil, Penal y Administrativa de 1992. Estudio Sistemático de la Ley 10/92 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, con GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO Y GARBERI LLOBREGAT., Edi. Colex, Madrid 1992, pag.64 y sig.

El mismo art. había sido objeto de reforma por la Ley 34/84 de 6 de agosto. Hasta el momento, no existía ninguna disposición legal respecto a la forma de determinar la cantidad líquida a reclamar en el momento del cierre de una cuenta de crédito, tan solo una Orden del Ministerio de Justicia de 21 de Abril de 1950 y un Real Decreto núm.2680/1982, de 15 de Octubre regulaban tal cuestión.

En la nueva reforma se restringe su ámbito de aplicación dejando fuera a todos aquellos supuestos en los que es posible que en el título exista un fiador junto a un deudor principal y en los que sea preciso hacer operaciones aritméticas para determinar el saldo deudor, a la vez que se suprime el término acreditar de la redacción anterior que producía confusión en cuanto a su alcance⁶⁵.

El precepto en cuestión resulta conflictivo y llegó a plantearse su constitucionalidad que fue resuelta por la Sentencia del TC de 10 de Febrero del 1992⁶⁶.

65. Ver CORTES DOMÍNGUEZ.- La reforma del juicio ejecutivo y proceso de ejecución. cit., pag. 130 y sig.

66. Se trata de una resolución muy extensa, que parte de un estudio del precepto sobre la base de su propia justificación, que reside, en facilitar a las entidades de crédito la satisfacción de los derechos generados por las operaciones activas típicas de su tráfico, señalando: "El embargo preventivo es decretado inaudita parte debitoris, pero ello no puede merecer reparo de inconstitucionalidad, pues en sí misma considerada la orden de embargo no es más que una medida cautelar, cuya emisión no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido, ni es forzoso tampoco que se oiga con antelación a quién la sufre (auto del Tribunal Constitucional 186/1983). Es más, la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar, y siempre la retrasaría en detrimento de su eficacia, lo cual podría llegar a menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la Constitución, pues la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso. No cabe olvidar, de otro lado, que la decisión de trabar los bienes del deudor se encuentra sujeta a dos garantías que impiden asimismo hablar de indefensión. En primer lugar, se requie-

re una apariencia de buen derecho, acreditada documentalmente en título ejecutivo, que permita entender inicialmente justificada la interferencia en el patrimonio del demandado. No resultaría exacto afirmar que esa apariencia viene suministrada exclusivamente por la declaración unilateral de la Entidad de crédito, pues en el origen de su derecho de crédito de encuentra siempre un contrato suscrito por las partes e intervenido por fedatario, cuyo original debe ser aportado con la demanda ejecutiva, y que hace fe de la existencia de una relación jurídica entre la Entidad demandante y el demandado, así como de sus caracteres esenciales. Es cierto que la mera existencia del contrato no determina la existencia de deuda, y menos aun de cuantía líquida, una vez calculados y sumados los intereses devengados y deducidas las cantidades anotadas en favor del cliente. Sin embargo, puede ser considerado suficiente para acreditar una apariencia de buen derecho digna de una tutela judicial preventiva inmediata. De ahí que el art.1400 de la ley de Enjuiciamiento Civil permita con carácter general que se adopten embargos preventivos cuando la solicitud se acompaña de "un documento del que resulte la existencia de la deuda", siendo siempre suficiente la aportación de uno de los títulos ejecutivos enumerados por el art.1429, de acuerdo con lo que dispone el art. 1401.

En segundo lugar, el embargo es decretado por cuenta y riesgo de la Entidad financiera acreedora. Es cierto, como subraya el juzgado de Valls, que la mera traba de los bienes trae consigo perjuicios al ejecutado. Pero tampoco puede ignorarse que, si el embargo fuera infundado y se dictara luego un fallo que declarara no haber lugar a pronunciar sentencia de remate, todas las costas del proceso, conforme a lo dispuesto por el art.1474.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberán ser sufragadas por Entidad demandante, la cual deberá responder entonces de los perjuicios causados por el embargo preventivamente decretado a su solicitud, como regulan con carácter general los artículos 1413 y 1418 de la ley Procesal Civil.

Las anteriores cautelas legales sirven de contrapeso razonable a las facultades otorgadas al actor, quien ciertamente puede obtener mediante una petición unilateral el embargo de los bienes del demandado, de valor suficiente para cubrir la cantidad inicialmente señalada por el mismo de forma igualmente unilateral, sin previo contraste con las razones y pruebas del deudor. Pero ello así, es razonable entender que los derechos e intereses legítimos del demandado en un juicio ejecutivo, en virtud de una reclamación apoyada en el precepto legal cuestionado de que ahora nos ocupamos, no quedan judicialmente desprotegidos ni indefensos.(F.J.7º).

Las observaciones que anteceden son también válidas para los supuestos en que el demandado no haya formulado oposición. Y lo son porque la apariencia de buen derecho es examinada de oficio por el juez, en el trámite de admisión de la demanda ejecutiva que regula el artículo 1440, con anterioridad a la fase en la que el deudor puede ser oído. Que el estudio de la demanda y de los documentos que la acompañen debe ser realizado de oficio, antes de despachar la ejecución, es algo que no admite duda en el precepto mencionado, siendo amplio, por lo demás, el grado de cognición judicial, puesto que alcanza tanto a la validez del título y de la obligación que incorpora como a todos los requisitos necesarios, según el art. 1467.2, para que dicho título tenga aparejada ejecución. La importancia que la ley otorga a esta función judicial de control prima facie de la demanda ejecutiva queda gráficamente manifestada en el art. 1475, cuyo segundo párrafo permite que la audiencia

en grado de apelación imponga las costas, como corrección disciplinaria, al juez que hubiese despachado indebidamente la ejecución con infracción de la ley y por error inexcusable.

El art. 1435 no solamente no impide al juez ese control inicial, ni lo relega a un examen impracticable o imposible, sino que le ofrece la posibilidad de contar con el imprescindible auxilio técnico. Pues, debido a una enmienda parlamentaria dirigida precisamente a "reforzar la posición jurídica del deudor, evitando que la determinación del saldo quede al solo arbitrio de la Entidad acreedora", la certificación de lo adeudado, que esta última expide, debe constar en un documento fehaciente. Y en todo caso deben quedar acreditados ante el juez dos extremos de innegable importancia: Que la liquidación haya sido practicada en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.

De esta forma, el art. 1435 brinda a los jueces civiles un medio que permite hacer efectivo el control de admisión de las demandas ejecutivas, cuando estas no se apoyan en un título ejecutivo que por sí solo cumple los requisitos que dicho precepto legal establece, en cuanto a la liquidez de la cantidad a reclamar, por tratarse de una relación de cuenta corriente. Como destaca acertadamente el Abogado del Estado, son los órganos judiciales quienes habrán de interpretar el alcance que haya de darse a la tarea de acreditamiento de los extremos señalados por la Ley, de manera que se ofrezca a su conocimiento los elementos de hecho y de cálculo imprescindibles para poder efectuar el examen inicial que exige el art. 1440, control judicial que incluye el particular de la liquidez (art. 1467.2, in fine). La realización de dicho control no requiere del juez conocimientos contables, de matemática financiera o incluso de informática, como se declara en alguno de los autos de planteamiento, pues no se trata de decidir si la pretensión de ejecución esta fundada, lo que pertenece a la sentencia, sino efectuar un control inicial de admisibilidad de dicha pretensión. En cualquier caso, nada resulta más alejado del texto legal que el despacho automático del mandamiento de ejecución (y del consiguiente embargo) para hacer el pago de sumas determinadas unilateralmente por la Entidad acreedora y huérfanas de toda explicación y justificación.

Por último, la ausencia del deudor en el proceso ejecutivo no impide tampoco el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por un embargo infundado. Claro es que dicho resarcimiento no será normalmente otorgado en la sentencia que niegue el remate de los bienes trabados, sino en la que ponga fin al ulterior juicio declarativo acerca del derecho sustantivo de crédito hecho valer en el previo proceso ejecutivo. Pero no por ello dicha reparación será menos real, pues abarcará todos los daños y perjuicios causados indebidamente por el embargo de los bienes, y eventualmente también por su enajenación forzosa si hubiese culminado el apremio en virtud de la sentencia de remate, como indicamos en nuestro auto del Tribunal Constitucional 248/1985, y como admite también el Tribunal Supremo en sus sentencias de 18 de marzo de 1987, de 26 de mayo de 1988 y de 19 de mayo de 1989; pudiendo llegar a alcanzar la reparación de todos los daños y perjuicios que conocidamente se derivan del juicio ejecutivo, conforme al art. 1107 del Código Civil, si hubiera habido dolo en la Entidad de crédito al entablar aquel (F.J.8º).

El asunto desde luego no es pacífico, ha merecido la atención de la doctrina⁶⁷ e incluso la sentencia antes citada

67. RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO.- La notificación del art.1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizada por Corredor de Comercio, en "La Ley", 1993-4, 1034; NIETO CAROL, UBALDO.- La liquidez de los contratos bancarios. El art.1435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en "La Ley", 1993-1,1013; MARTÍNEZ PARDO, VICENTE.- El carácter ejecutivo de las pólizas intervenidas por agente mediador colegiado (art.1429-6 de la LEY),en"RGD", nums. 517-518, oct.-Nov., 1987, 5663. - La liquidez de los créditos(art.1435 LEY), en" La Ley", 1989-3, pag.880 y sig.; GARCÍA- ARANGO Y DÍAZ, CESAR.- Comentario de urgencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero (BOE de 3 de marzo), en relación con el art. 1435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en" Revista crítica de Derecho inmobiliario" (RCDI), núm.610, may-jun. 1992, 1371; PÉREZ VALENZUELA, JUAN.- Liquidez procesal de la póliza de crédito, en "RGD", núm. 486, mar. 1985, pag. 499; RECALDE CASTELLS, ANDRÉS.- Ejecución de deudas reflejadas en cuentas corrientes, (Comentario a la sentencia de Tribunal Constitucional 14/1992 de 10 de febrero),en" La Ley", 1992-3, 1029; PÉREZ VALENZUELA, JUAN. La póliza: La seguridad del crédito y la nueva normativa a la luz de las instituciones bancarias, en"RGD", núm.483, Dic. 1984, 2705; DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS.- Nuevas consideraciones sobre el art 1435 de la Ley de Enjuiciamiento civil: liquidez de los créditos bancarios en el juicio ejecutivo, en "La Ley", 1989-3, 989.- El nuevo artículo 1435 de la L.E.C. y la liquidez de la cantidad que parezca adeudarse según contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en Póliza intervenida, en"RDP",1986-1.; CÁMARA MINGO, LUIS MARÍA.- Prestamos bancarios: certificación de la deuda liquida a efectos de su reclamación ejecutiva. Comentarios a dos autos de la Audiencia Territorial de la Coruña, de 30 de julio de 1987, en" La Ley", 1987-4, 1117; DÍAZ MORENO, ALBERTO.- La constitucionalidad del penúltimo párrafo del art.1435 de la ley de Enjuiciamiento Civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992 de 10 de febrero,en" La Ley", 1992-3, 833; DURAN BRUJAS, MIGUEL.- Notas sobre la modificación del art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/1984, de 6 de agosto,en" Boletín de información del Ministerio de Justicia", núm..1458, jun. 1987, 1391; ADAN SANMATEO, JOSÉ.- La habitualidad de los créditos bancarios formalizados en escritura notarial, en"Crónica Tributaria"(RCT),núm.. 45, 1983, pag.23; BALLESTA BERNAL, VICENTE.- Obligatoriedad o no de la presencia física del Fedatario Publico en el acto de intervención de las Pólizas de Crédito, en"RGD", núm.. 517-518, oct.-nov., 1987, 5487; VALLES BARETA, JOSÉ R. BUSTAMANTE BRICIO, JOSÉ.- Contratos bancarios de crédito en cuenta corriente y préstamo. Liquidación de intereses. Comentario a la sentencia de la AP. de Bilbao(secc.4ª) de 29 de Noviembre de 1991,en" La Ley", 1992-2, 364; DOMINGO GONZÁLEZ, VICENTE.- Contribución de los corredores de comercio a la seguridad jurídica del sistema financiero y a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, en "La Ley", 1993-3, 802; CORTES DOMÍNGUEZ. Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1991, pag.701 y sig.;

fue objeto de un voto particular del magistrado Don Carlos de la Vega Benayas que entendía que existe indefensión del deudor y merma de las garantías procesales, porque:

a) La determinación del “quantum” se hace sin intervención del deudor, obligando a este a defenderse no solo como demandado sino como cuasi actor para desvirtuar la presunción de exigibilidad de la deuda.

b) Por que es un privilegio otorgado a las entidades de crédito .

c) En los casos de ausencia o rebeldía supone la admisión del efecto de un verdadero proceso monitorio, es decir, embargo y ejecución sin audiencia, circunstancia que no se da por que nuestra legislación no ha establecido esta clase de procesos. Decimos que el asunto es conflictivo porque la solución de la sentencia y la del voto particular presentan objeciones.

En relación con la solución de la sentencia participamos de estas observaciones⁶⁸:

GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO.- La Constitucionalidad del artículo 1.435.4º de la L.E.C.Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 14/1992, de 10 de febrero, en “Estudios de Jurisprudencia”, Ed. Colex, I-1, junio 1992; HERNANDO BAUTISTA.- La Notificación del saldo deudor(art. 1.435, último párrafo de la L.E.C.), en << Juicio ejecutivo>>, en “CDJ”, Madrid 1993; MUÑOZ JIMÉNEZ.- Problemas interpretativos del art.1435, párrafo cuarto de la L.E.C., en << Juicio ejecutivo>>, en “CDJ”, Madrid 1993; ORTIZ NAVACERRA-DA.- Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992, sobre la constitucionalidad del artículo 1435 L.E.C., que regula la liquidación de pólizas y escrituras de crédito en cuenta corriente, en “AC”, 1992, pag.291 y sig. - Sobre el párrafo quinto del artículo 1435 L.E.C., reformado por la Ley 10/1992 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, en “Actualidad y Derecho”, 1992-2. - Título ejecutivo y liquidez en las pólizas de crédito a efectos del despacho de ejecución, en “AC”, 1992; RONSERRANO.- La determinación de la liquidez en las pólizas bancarias a los fines de su ejecución, en “Boletín del Colegio de Abogados”, 1985.

68. GÓMEZ DE LIAÑO, F.- Jurisprudencia cambiaria juicio ejecutivo...cit, pag.542.

“1.- El embargo que se produce en el juicio ejecutivo no es un embargo preventivo, como afirma en este caso el TC, sino un embargo propio de la ejecución que se inicia cuando el juez dicta auto despachando ejecución, y que es absolutamente definitivo en la mayor parte de los casos en los que no existe oposición, y cuando existe, puede quedar sin efecto en virtud de un incidente de dicha ejecución como podría también quedar sin efecto una ejecución de sentencia. Los términos en los que están redactados los arts. 1440 de la LEY, en nada se parecen a los que determinan la aplicación del embargo preventivo.

2.- Cuando se dice que el origen del derecho de crédito se encuentra siempre en un contrato suscrito por las partes e intervenido por fedatario, por lo que la apariencia de derecho no viene suministrada exclusivamente por la declaración unilateral de la entidad de crédito, se olvida algo tan elemental como el que el grado de cumplimiento de ese contrato, solo puede derivarse de aquella declaración unilateral, que cuantitativamente es la base exclusiva de la ejecución que se interesa.

3.- La apariencia de buen derecho no puede ser examinada por el juez de oficio, como dice la sentencia, porque se decreta la ejecución, como hemos indicado, sin oír a la parte demandada o mejor, ejecutada, y en estas condiciones el juez no está en condiciones de poder descubrir el buen derecho de la declaración unilateral.”

El voto particular se fija en la argumentación de que “incoado un proceso, obliga y constriñe al deudor a defenderse, ya no solo como demandado, sino como cuasi actor al gravar su onus probandi, primero para desvirtuar la presunción de la exigibilidad de la deuda en la cuantía así

fijada (cuando, de haberselo oído, como prevé el artículo 153 Ley Hipotecaria para un supuesto semejante, aunque no idéntico, podría evitarse esa carga) y luego para oponer otras excepciones (pago, no exigibilidad, plus petición) en términos perentorios y con medios no disponibles (la documentación esta en poder de la acreedora).” Y decimos que cuando se fija en esta argumentación, desconoce la verdadera naturaleza del juicio ejecutivo⁶⁹, que no puede entenderse

69. GÓMEZ DE LIAÑO, F. *Jurisprudencia Cambiaria*, cit. pag.22. La naturaleza ejecutiva del llamado juicio ejecutivo, las sostienen los profesores FENECH, CARRERAS, SERRA, PÉREZ GORDO, RAMOS MÉNDEZ, GUTIÉRREZ DE CAVIEDES, entre otros y se deduce de los siguientes argumentos: 1º.- En los procesos declarativos, la incomparecencia del demandado, como es lógico nada afecta al proceso que continua en todas sus fases y la sentencia declarara o no procedentes las pretensiones del autor, mientras que en el juicio ejecutivo, la inactividad del demandado, provoca la eliminación de las actuaciones posteriores, pasándose a la ejecución directa del derecho contenido en el título. En los procesos declarativos se exigen una previa declaración judicial del derecho, que en juicio ejecutivo no es necesaria. Como observa el profesor FENECH, la ejecución a diferencia de la declaración no es una declaración de voluntad, sino una manifestación de voluntad. Por ello en el juicio ejecutivo cuando no se formula oposición el actor no ha de justificar el derecho contenido en el título siendo totalmente imprecisa la proposición y practica de prueba, mientras que en todo proceso declarativo es inexcusable en cualquier evento, la justificación del derecho que se pide. 2º.- No podemos desdeñar, una y otra vez, los términos legales que constantemente insisten en este carácter ejecutivo, otorgándole notas que evidencian su naturaleza ejecutiva. Así se exige un título ejecutivo, o mejor, que tenga aparejada ejecución (art.1429), despachándose la “ejecución” a la vista de aquel sin audiencia del demandado(art...1440), y cuando procede en la sentencia, no se declara nada, sino que se ordena seguir la “ejecución” adelante(art.1473). La sentencia de remate se configura como una ratificación del verdadero título ejecutivo que es el presentado con la demanda. 3º.- Aun afirmando el carácter declarativo del incidente de oposición, ello no puede afectar a la naturaleza ejecutiva del proceso, pues además de no ser un trámite necesario, sino contingente, carece de sustantividad dentro del juicio ejecutivo, estando únicamente concebido en garantía del hipotético derecho del ejecutado, ya que todos los títulos ejecutivos no pueden tener el mismo trato y en los denominados extrajudiciales la posibilidad de la oposición a la ejecución ha de quedar abierta. 4º.- La adecuada comprensión de la estructura formal de este proceso solo puede efectuarse desde el ángulo visual del proceso de ejecución, pues como veremos mas adelante, de no ser así, aparecería una evidente desigualdad en las posibilidades alegatorias concedidas a las partes, cuando se formula oposición.

más que como un proceso de ejecución que como es propio del mismo, el juez examina el título ejecutivo y a la vista del mismo despacha la ejecución, “inaudita parte”, porque así se deriva de la propia esencia y naturaleza de este procedimiento y cuando el demandado considera que existe algún motivo de oposición, tiene la posibilidad de originar un incidente de oposición en el que no es que el demandado actúe como actor, como dice el voto particular, sino que en ese incidente de oposición es un verdadero actor y por eso de su oposición, que en definitiva es la demanda incidental de la que se da traslado al ejecutante para que conteste. Y así concebido es de la única manera que puede entenderse que el ejecutante alegue dos veces (demanda y contestación a la oposición) y el ejecutado solo una (escrito formalizando la oposición).

Y en este orden de cosas resulta que la objeción principal al sistema actual, reside fundamentalmente en la liquidez de la deuda a la que se llega sencillamente por el resultado contable que arroja la cuenta de crédito según la certificación expedida por el fedatario, lo cual es evidente que se logra una liquidez básica e inicial. Y al permitirse al ejecutado discutirla y oponerse a la misma cuando aquella no sea correcta, planteando el incidente de oposición, no aparece en principio un obstáculo fundamental a que el planteamiento actual sea incorrecto constitucionalmente, sin perjuicio de los inconvenientes u observaciones que puedan hacerse al sistema porque no cabe duda que es perfeccionable.

Al objeto de concretar el régimen jurídico de la ejecución de estos créditos vamos a hacerlo a la luz de la doctrina y la jurisprudencia. Pero en todo caso lo que resulta claro

es que las entidades de crédito, ahorro y financiación tienen una cita concreta, específica y en cierto modo privilegiada en el art.1435 de la LEC.

Y en este sentido será necesario deslindar que es lo que debemos entender por tales entidades, debiendo de acudir a la Ley 26/88 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito que en su art.1.2., se remite al art. 1 del Real Decreto Legislativo 1.298/86, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de la de las Comunidades Europeas. Dicho artículo establece:

“1.-A efectos de la presente disposición, y de acuerdo con la Directiva 77/780, de 12 de diciembre, de la Comunidad Europea, se entiende por “entidad de crédito” toda Empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza.

2.-Se conceptuarán, en particular, Entidades de crédito: a) El Instituto de Crédito Oficial y las Entidades Oficiales de Crédito. b) Los Bancos Privados. c) Las Cajas de Ahorro, la Confederación Española de Cajas de Ahorro y la Caja Postal de Ahorros. d) Las Cooperativas de Crédito. e) Las Sociedades de Crédito Hipotecario. f) Las Entidades de Financiación. g) Las Sociedades de Arrendamiento Financiero. h) Las Sociedades Mediadoras del Mercado de Dinero.”

Este concepto es determinante de la aplicación del art.1435 y el Juzgado para su aplicación, deberá tenerlo presente.

A) *Sobre el concepto de póliza*

El concepto de póliza en sentido general y prescindiendo de su significado originario o histórico, hoy día carente de sentido, tal y como manifiesta la Audiencia Territorial de Valencia en Sentencia de 16 de enero de 1988⁷⁰, se hace extensible en la actualidad a todo documento que incorpore cualquier contrato mercantil.

Esta es la opinión generalizada en la doctrina⁷¹ sin que falten autores que restrinjan el concepto de póliza para aquellos documentos en los que han de plasmarse determinados contratos mercantiles a los que la ley le impone dicha forma documental, como requisito formal del contrato, tales como el de préstamo a la gruesa, la hipoteca naval, operaciones de bolsa, seguros y fletamento⁷².

Para algún otro sector doctrinal, la póliza es el documento intervenido por fedatario en el que se recoge un acto o

70. *"en un momento histórico anterior, la palabra póliza pudo estar reservada para un tipo especial de papel relativo al impuesto de timbre en el que se documentaba un contrato mercantil, pero ello carece en la actualidad de sentido, y solo es posible llegar a la conclusión de que por póliza hay que entender el documento privado en el que, con la firma de las partes, se plasma un contrato mercantil"* En este sentido, Vid SAT de Madrid de 24 de noviembre de 1988; SAT de Barcelona de 13 de septiembre de 1985 y de 12 de Noviembre de 1987; SAT de Barcelona de 2 de Noviembre de 1989 y el Auto de la AT de Madrid de 29 de Junio de 1987.

71. Entre otros, MONTERO AROCA, J.- Derecho jurisdiccional II, Proceso Civil 2º, Barcelona 1989, pag. 205. señala que "la palabra póliza ha ido perdiendo el sentido originario que pudiera tener, hasta quedar reducida hoy al significado de documento en el que se plasma un contrato mercantil". MARTÍNEZ ESCRIBANO.- Las pólizas, título ejecutivo..cit, pag.2369-2386. apunta que "el concepto de póliza ha de ser amplio y ha de referirse a todos los contratos mercantiles..." y la define como "el documento donde las partes, con su firma como expresión del consentimiento, manifiestan su conformidad a las cláusulas y condiciones con las que se constituye, regula, modifican o extinguen contratos mercantiles".

72. CORBELLA.-Póliza, EJE,t.25, Barcelona, pag. 146; MARTÍNEZ PASTOR.-La póliza de crédito, ejecución y oposición, Cartagena 1992, pag. 41.

contrato de Comercio, de tal manera que la intervención es requisito esencial para la existencia misma de la póliza⁷³.

Sin embargo éste tampoco es el sentir generalizado en nuestra doctrina y jurisprudencia que consideran que la póliza, documento privado en el que se plasma un contrato mercantil, no necesita estar intervenida para tener la consideración de tal y producir los efectos que le son propios de conformidad con lo dispuesto en el art.51 del C.Com., e incluso tampoco es necesario que el termino "póliza" aparezca impreso en el documento a juicio de la AP de Barcelona en Sentencia de 12 de noviembre de 1987 "*tal termino ha de ser interpretado como expresivo de documento.*"

Por el contrario, dicha intervención si es exigida por el art.1429.6 como requisito para que la póliza se convierta en título ejecutivo, y se pueda exigir judicialmente su cumplimiento a través del privilegiado procedimiento ejecutivo⁷⁴.

73. Vid.BARTOLOMÉ LABORDA.- Fe pública mercantil,Barcelona 1977,pag. 263. Considera" que la póliza, en sentido estricto, es aquel documento en que consta un contrato o acto de comercio intervenido por fedatario mercantil."; DOMINGO GONZÁLEZ.- La fe pública de los Agentes de Cambio y Bolsa y de los Corredores de Comercio Colegiados, Gerona 1976, pag. 245. Define a la póliza como" el documento intervenido en que se formaliza un acto o contrato de comercio, respecto del cual no este específicamente determinado por la Ley o los usos mercantiles su instrumentación en otro medio documental diferente."; DUQUE DOMÍNGUEZ.- El Agente Mediador depositario de la fe pública mercantil, en "I Seminario de Estudios sobre la Fe Pública Mercantil", Pamplona 1975, pag. 89. Según el cual, la Póliza es"el documento autorizado por Agente Mediador Colegiado dentro de su competencia y con las formalidades requeridas por el derecho.."

74. MOXICA ROMAN.- Las pólizas bancarias. Ejecución, oposición y prelación...cit.,pag. 22. Considera en este sentido, que la intervención de fedatario público no es determinante del concepto de póliza sino que solo afecta a su ejecutividad, ya que ha tenor literal del art.1429.6 se requiere que la póliza este intervenida para que pueda ser titulo ejecutivo, deduciéndose por tanto que existen pólizas no intervenidas,que producen sus efectos propios conforme al art.51 del C.Com. En el mismo sentido GARCÍA LUENGO.-Nuevas entidades. Figuras con-

En estos mismos términos se pronuncia la Audiencia Territorial de Valencia en la ya citada Sentencia de 16 de Enero de 1988, al considerar evidente que:

“ el requisito fundamental de la póliza para que exista como tal, no es el de la intervención de agente mediador colegiado. Para demostrarlo, basta tener en cuenta: 1º la dicción literal del número sexto del artículo 1.429 de la LEY, pues si para que sea título ejecutivo se requiere que la póliza este intervenida, ello será porque existen pólizas no intervenidas. 2º Que en el Código de Comercio se llama póliza al contrato de fletamento no intervenido (art.652) y también al intervenido (art.654). 3º Que el art.737 del mismo Código se refiere a la póliza de contrato de seguro marítimo que no esta intervenida por agente mediador colegiado..”

tractuales y garantía en el mercado financiero. Las pólizas de cobertura de riesgo de operaciones bancarias: apreciaciones críticas, en “RDBB”, núm.39, 1990, pag.740 y sig. Señala que “el requisito fundamental de la póliza para que exista como tal, no es el de la intervención del agente mediador Colegiado. Solo es posible llegar a la conclusión de que por póliza hay que entender el documento privado en el que se plasma y contrato mercantil. Para que ese documento adquiriendo el carácter de público, se convierta en título ejecutivo, el art.1.429 de la LEY, exige la intervención de agente de cambio y bolsa o Corredor Colegiado.” MARTÍNEZ PASTOR, M.-La póliza de crédito.Ejecución y oposición..cit, pag. 35. considera que “la póliza en si no exige intervención ya que es un contrato privado creado y suscrito por las partes y no hay causa alguna que le impida permanecer en el marco de la documentación radicalmente privada”. MARTÍNEZ ESCRIBANO.- Las pólizas, título ejecutivo..cit, pag.2369-2386. apunta que el concepto de póliza ha de ser amplio y ha de referirse a todos los contratos mercantiles, estén o no intervenidos por Agentes mediadores. CASTILLEJO MANZANARES.-El juicio ejecutivo basado en pólizas bancarias, Edi.Tirant lo Blanch, Valencia 1996. En la página 87 señala que “Entendemos que no es necesario que la póliza vaya intervenida por fedatario mercantil para que exista como tal, siendo suficiente con que las partes celebren un contrato mercantil,dejando constancia de ello mediante sus firmas en un documento. Y ello, porque el código de comercio no regula, ni expresa ni tácitamente, la obligatoriedad de la intervención de tales fedatarios, posibilitando además la instrumentación de contratos mercantiles, en póliza no intervenida, como es el caso de los contratos de fletamento.”

y añade por tanto que, *“las pólizas en las que no conste la intervención de dichos profesionales siguen ostentando su propio carácter de pólizas, si bien no podrá actuarse con ellas a través de un procedimiento ejecutivo.”*

Al hilo de lo expuesto podemos llegar a la conclusión de que por póliza hemos de entender todo documento, lleve o no impreso en él el termino “póliza”, en el que se deja constancia de un acto o contrato mercantil autorizado con su firma por las partes implicadas, haya sido o no intervenido por fedatario competente, pudiendo afectar tanto a operaciones de seguro, bolsa o bancarios en general. La intervención no es consustancial al concepto de póliza pero si uno de los requisitos necesarios para que sea título ejecutivo.

Para un amplio sector doctrinal (mercantilista y procesal)⁷⁵ y jurisprudencial⁷⁶ la intervención del Corredor de

75. NOVOA BOTAS.- En torno a la fe publica mercantil, Madrid 1960, pag. 21. “Los documentos intervenidos: Pólizas de Bolsa, de crédito, vendis, letras..., tienen el rango jurídico de documento publico.”; FUGARDO ESTIVIL.- La intervención de fedatario publico mercantil según la Ley 19/1989 en la trasmisión o prenda de participaciones sociales. Los antecedentes legislativos y la interpretación doctrinal, en “RDC”, 11 de Septiembre 1983, pag.68; DOMINGO GONZALEZ.- Los documentos intervenidos por Agentes Colegiados, en “Primer Seminario”, pag. 185; ORTIZ NAVACERRADA.- Títulos ejecutivos y liquidez de las pólizas de crédito a efectos del despacho de ejecución, Edi.Comares, Granada 1993, pag.105.” La póliza, documento privado en general, adquiere naturaleza y rango de documento publico cuando es intervenida por Corredor de Comercio”. En esta misma línea, GIL RODRIGUEZ.- Banco contra Banco.Póliza versus Sentencia, en “Revista Jurídica La Ley”, Tomo II, 1991, pag.1134-1148; CANO RICO.- Contratos bancarios y sobre títulos valores, en “Manual practico de contratación mercantil”, Tomo II, Madrid 1985, pag.21; MOXICA ROMAN, J.- Las pólizas bancarias. Ejecución, oposición y prelación...cit., pag.23. MANRESA NAVARRO, J.M.- Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. I.E. Reus, Madrid 1995, Tomo III, pag.505; ARROYO MARTINEZ, I.- Prólogo a Código de las leyes de agentes mediadores oficiales, Bolsas y mercado de valores mobiliarios, de J. RAMON CANO, Edi. Tecnos 1983, pag.20; BROSETA, M.- Manual de Derecho Mercantil. Edi.Tecnos, Madrid 1974, pag.138; FERNANDEZ DE LA GANDARA, L.- Los préstamos y créditos sindicados con interés variable. en “Nuevas Entidades y figuras contractuales y garantías en el mer-

Comercio confiere a la póliza el carácter de documento público o sirve para equipararla a la escritura pública por su reconocida condición de notario en el ámbito de la contratación mercantil⁷⁷.

cado financiero", Madrid 1990, pag.506; DUQUE DOMINGUEZ, J.- El agente mediador depositario de la fe pública mercantil..cit, pag.105; GALAN CORONA, E.- En torno a la competencia del Corredor de Comercio para la intervención de poderes, en " Cuadernos de Derecho y Comercio", num.1, Enero 1987, pag.48; GARRIGUES, J.- Curso de Derecho Mercantil, Madrid 1968, Tomo I, pag.565 y sig; HERNANDEZ ANTOLIN, J.M.- La reforma de las sociedades de responsabilidad limitada y la sociedad comanditaria por acciones, en " Inst. Empresa", Madrid 1990, pag.326; SANCHEZ CALERO, F.- Instituciones de Derecho Mercantil, Edi. Clares, Valladolid 1974, pag.122; CABALLERO GEA.- Del juicio ejecutivo, L.II,T. XV, S.1ª, arts.1429-1543, en Colección de Codigos y Leyes. Problematica judicial. Ley de Enjuiciamiento Civil:Libros II y III, arts. 460 al final, juicio de cognición, suspensión de pagos y especial estudio de las tercerías, Madrid 1992, pag.740; GIL RODRIGUEZ.- Banco contra Banco. Póliza versus Sentencia, en "Revista Jurídica La Ley" ,t.II, 1991, pag. 1134-1148; GARCIA LUENGO.- Nuevas entidades: Figuras contractuales y garantías en el mercado financiero. Las Pólizas de cobertura de riesgo de operaciones bancarias: apreciaciones críticas, en" RDBB", Num.39, 1990, pag.740.

76. Según la Sentencia de la AT de Albacete de 5 de Noviembre de 1982: "...tienen las pólizas de préstamo y crédito por ellos intervenidas.....el carácter y condición de documentos públicos.."; Sentencia de la AP de Oviedo de 17 de Marzo de 1993: "...tengase en cuenta que se trata de personas investidas del carácter de notarios mercantiles(art. 93 del C.Com.) que en dicha condición....., confieren a los documentos intervenidos el carácter de documento publico notarial"; En términos similares, Vid. SATS 2ª de Madrid de 24 del 11 de 1988; STS de 4 de Abril de 1932; STS de 3 de Enero de 1947; STS de 3 de Noviembre de 1971; STS de 1 de Marzo de 1978; STS de 21 de Septiembre de 1984; STS de 27 de diciembre de 1985; STS de 14 de junio de 1988; STS de 19 de Noviembre de 1988; STS de 18 de Marzo de 1993; STS de 30 de diciembre de 1993; STS de 12 de Abril de 1994; STS de 23 de febrero de 1996.
77. DOMINGO GONZÁLEZ, V.- La función notarial de los Corredores de Comercio Colegiados(Texto del artículo doctrinal publicado en el Diario LA LEY correspondiente a los días 12 y 13 de Octubre de 1995), LA LEY-ACTUALIDAD, pag. 1. " En el derecho español vigente, la función de dar fe con carácter notarial está atribuida por el Estado a dos cuerpos de profesionales: a los integrantes del Notariado(Ley de 28 de mayo de 1862) y a los integrantes de la Correduría colegiada(Decreto-Ley de 30 de Noviembre de 1868....A partir de estas normas:...se acentúa el carácter de fedatario público del Corredor Colegiado.<<Como representantes de la fe pública en contratación de efectos públicos y en materia comercial...>>(art.3). Los Corredores Colegiados tendrán carácter de Notarios...(art.8). El Código de Comercio vigente de 22 de Agosto de 1885 hace igualmente>...la conveniente distinción entre la profesión o industria de agente mediador ..y el oficio publico crea-

Postura divergente es la sostenida por algunos autores, la mayoría pertenecientes al sector notarial, para los cuales la Póliza una vez intervenida sigue conservando su carácter privado⁷⁸. *RODRIGUEZ ADRADOS*⁷⁹ considera que la dili-

do para dar autenticidad a los contratos entre los comerciantes o sobre operaciones de comercio...Lo segundo constituye una verdadera función del Estado como lo es el ejercicio de la fe pública..Considerados los Agentes como funcionarios que tienen fe pública, el proyecto de Código les reconoce el carácter de Notarios...>>. Como consecuencia, la configuración, en el Código de Comercio vigente, del Corredor colegiado es la de fedatario público de carácter notarial (art.93).

78. BARTOLOME LA BORDA.- Fe publica....cit., pag.271- 272. "La póliza no es un documento publico...la intervención de fedatario mercantil en la póliza se limita a una diligencia."; GOMEZ SEGADE.- La intervención de agente mediador y la seguridad del tráfico mercantil", III Seminario sobre la fe publica mercantil, Ediciones Saetabis, Valencia 1977, pag.56; PRADA GONZALEZ.- Algunos aspectos de los prestamos bancarios, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, XXVI, Madrid, pag.467. "La intervención del agente no convierte en publica la póliza, que sigue siendo documento privado, siendo público solo el texto de la diligencia o certificación expedida por el agente."; MARTINEZ PASTOR.- La póliza de crédito....cit, pag.35. " La póliza no es un documento publico ya que no cumple ni los requisitos del art. 1256 del CC. ni los del art. 596 de la LEC. Pero <<intervenida>> se convierte en un" documento privado solemne,intervenido, de adhesión, con texto cuasi preconstituido,conteniendo determinados contratos de carácter mercatorio a los que la ley impone esta forma documental."; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON.- Fe publica y documento publico, en la Fe publica, jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado, Abril 1994, Consejo General del Notariado, 1994, pag.218." El documento intervenido,privado en su origen, privado continua siendo".
79. RODRÍGUEZ ADRADOS, A.-"Naturaleza documental de la póliza intervenida(I) (y II)", en "la LEY" ,Madrid, 14 y 15 de Marzo de 1995 respectivamente. Considera el autor que" la póliza intervenida no es un documento unitario,sino que resulta de la Yuxtaposición de dos documentos distintos: la póliza de los contratantes, que es un documento contractual y su intervención por el Corredor que es otro documento que se adiciona a la póliza cuando esta ya esta perfeccionada y firmada y que solo contiene por tanto, las declaraciones del Corredor de que se ha asegurado de la legitimidad de las firmas de la póliza, de la identidad de los firmantes, y de su capacidad legal para contratar y Su firma. La intervención es por tanto, un documento público probatorio de estos tres extremos del documento adicionado, de la póliza. La póliza ha dejado de ser un puro y simple documento privado, pasando a ser un documento privado intervenido, sin que haya habido elevación a documento publico, que no podría realizarse sin nuevas declaraciones y nuevas firmas,y por otro lado, al no acreditar la intervención la autenticidad del texto de la póliza es esta la razón por la que deba acompañarse de una certificación de conformidad del Corredor, en base a su libro-registro..."

gencia de intervención es un documento distinto pero adicional a la póliza, de carácter público probatorio de la legitimidad de las firmas de la póliza, de la identidad de los firmantes y de su capacidad para contratar, siendo precisamente *“la legitimidad de las firmas de la póliza que la intervención acredita, la consecuencia principal de la concesión a la póliza de efectos ejecutivos”*.

En realidad la eficacia de la póliza como título ejecutivo no se ve afectada por el hecho de que la póliza una vez intervenida se convierta o no en documento público o lo sea solamente la intervención y si examinamos el problema detenidamente nos encontramos que no es precisamente de la legitimidad de las firmas de la póliza de donde pueden surgir los efectos ejecutivos del título porque en relación con las pólizas bancarias de crédito como ha continuación veremos, la póliza solo acredita que el banco concedió en una determinada fecha un crédito a una persona pero a lo que en ningún momento puede alcanzar tal legitimidad es a la entidad del saldo, porque por muy legítimas que sean las firmas, si el cliente bancario tiene un saldo positivo por haber ingresado las cantidades correspondientes no existe crédito alguno legítimo o ilegítimo, luego la cuestión se centra precisamente como venimos indicando en ese aspecto de la liquidez que algunos autores vienen manifestando en términos exactos respecto de los créditos derivados de cuentas corrientes ordinarias y tarjetas de crédito ordinarias con efectos muy diferentes de cara a su ejecución.

B) Pólizas bancarias

La póliza es bancaria⁸⁰ cuando uno de los contratantes es una entidad bancaria y el documento recoge un contrato bancario. Lo cierto es que estas entidades no instrumentan todas sus operaciones en esta forma documental sino solamente cuando se trata de operaciones de activo (prestamo, apertura de crédito y descuento)⁸¹ siendo habitual la intervención de las mismas por Corredor de Comercio. Ello se debe a la utilidad que dicho instrumento fedatario aporta de cara a la seguridad económica de la contratación crediticia, por ser este un instrumento de protección reforzada del crédito ante los órganos jurisdiccionales⁸².

80. Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO.-Las pólizas, título ejecutivo, en "RGD," núm.481.482, 1984, pag.2.369.

81. MOXICA ROMAN, J.-Las pólizas bancarias. Ejecución, oposición y prelación (Análisis de doctrina y jurisprudencia, formularios), Aranzadi, 1993, pag. 23 a 27. "Para la existencia de una póliza bancaria el Banco debe suscribir el documento en el ejercicio de su estricta actividad y no como cualquier otro comerciante... No nos encontramos ante una póliza bancaria, por ejemplo cuando el banco suscribe un contrato con uno de sus proveedores para el suministro de los impresos que necesita para sus distintas oficinas.... En un sentido estricto...., podemos concebir la póliza bancaria como aquel documento en el que se plasma un contrato relativo a una operación activa."

82. Vid. DOMINGO GONZÁLEZ.- Contribución de los Corredores de Comercio..cit., pag.2, afirma al respecto que "mediante las pólizas intervenidas, y el cumplimiento riguroso de los requisitos y procedimientos específicos de la función notarial mercantil de los corredores de Comercio, que no exigen observar como algo ineludible el principio de unidad de acto, aunque sí que el otorgamiento u otorgamientos sucesivos por las partes se verifiquen con la intervención, bajo principios de intermediación del Fedatario, la Ley posibilita que la práctica totalidad de las operaciones crediticias de las Entidades Financieras puedan, a voluntad de las partes quedar amparadas por los efectos autenticadores de la fe pública notarial del Corredor, sin que dicho sistema constituya un impedimento formal insalvable a la necesaria agilidad y rapidez con las que esas operaciones deben realizarse.

C) La póliza como manifestación de los contratos de adhesión

La póliza se caracteriza por la presencia de una serie de cláusulas, que la doctrina denomina “condiciones generales⁸³,” preparadas e impresas con carácter previo de forma unilateral por la Entidad bancaria, constituyendo una auténtica manifestación de los llamados contratos de adhesión⁸⁴, que como tales han sido reconocidos por la doctrina⁸⁵ y jurisprudencia⁸⁶.

83. Condiciones generales de los contratos, que no debemos confundir con las condiciones generales de la contratación, que no se incluyen en los contratos sino que son establecidas de modo general como contenido básico de toda posible relación contractual, por la empresa, para todos los contratos de una misma especie, que ella misma se encarga de publicar y difundir y a las que deberán someterse los clientes que decidan contratar con la misma. Mientras que las condiciones generales de los contratos deberán de estar insertas en el texto del contrato tal y como se establece en el art.10.1a de la LGDCU, “sin recurrir a textos o documentos que se faciliten previa o simultáneamente”.
84. RIVERO ALEMÁN, S.- *Disciplina del Crédito bancario y protección del consumidor*, Edi. ARANZADI, Pamplona 1995, pag.208. “El nacimiento de los contratos seriados se debe a exigencias de la economía, cuando la producción a gran escala demanda de la dogmática contractual la adecuación del instrumento negocial a la contratación repetitiva en términos de cierta uniformidad...Para esta nueva situación, en la que es fácil advertir la confluencia de intereses generales o colectivos con los de los particulares intervinientes en el contrato, la práctica diaria de las empresas ha diseñado cauces de conclusión rápida, representados por los llamados “contratos de adhesión”, que permiten la economía de tiempo y costes, además de lograr cierta uniformidad en el trato con la clientela.”
85. SALEILLES.- *La déclaration de volonté*, París 1902; CARBONE.- *Contratos de adhesión*, Buenos Aires 1922; GENOVESE.- *Le condizioni generali di contratto*, Padua 1954; GIORDANO.- *Il contratto per adesione*, Milan 1951; AUER.- *Die rechterliche Korrektur der Standardverträge*, Berna 1964; MESSINEO.- *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV, Buenos Aires 1971, pag.483. Define al contrato de adhesión como “aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas sino únicamente aceptarlas o rechazarlas, de tal suerte que este último no presta colaboración alguna a la formación del contenido contractual, quedando así sustituida la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo por un simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente.”
86. El TS en Sentencia de 12 de Marzo de 1957 se manifestaba en los siguientes términos, “...Se trata de verdaderos contratos en los cuales concurren, bien que en dis-

Esta forma de contratación presenta claras ventajas para los bancos, tales como, permitir reducir tiempo y costo en la formalización de los contratos, facilitar la división de tareas y uniformidad de los contratos concluidos por las distintas sucursales y ayudar a una mejor coordinación dentro de la propia empresa⁸⁷, y según *GARCÍA AMIGO*⁸⁸ incluso presenta ventajas para el adherente menos avisado que se ve favorecido en el sentido de obtener unas condiciones no menos favorables que el resto, cosa que no se produciría en la contratación individualizada, así como conocer con antelación el contenido de los contratos”.

Pero por otro lado resulta notoriamente conocida su utilización como vehículo que da lugar a excesos y a practicas abusivas o injustas en perjuicio del cliente, ya que resulta habitual encontrarnos en las pólizas bancarias de crédito estipulaciones referentes a la sumisión expresa, prevalencia en juicio, criterio y satisfacción, de la Entidad bancaria⁸⁹ así

tinta medida que en el esquema tradicional, los requisitos de consentimiento, objeto y causa, exigidos por el art. 1281 del C.Civ., pudiendo motivar la mayor o menor libertad con que se preste el consentimiento normas especiales y mas cuidadosas de interpretación que mantengan la mayor justicia y reciprocidad entre las prestaciones de las partes evitando el posible abuso de poder por parte de una de ellas, pero no alcanza a estimar viciado el consentimiento con arreglo a las normas tradicionales.”

En la misma línea, la SAT de Cáceres de 29 de Junio de 1987; la SAT de Mallorca de 14 de marzo de 1988; la SAP de Valencia de 17 de octubre de 1989; la SAP de Sevilla, S.º de 13 de julio de 1990; la SAP de Valencia de 3 de julio de 1990; la SAP de Madrid de 17 de Abril de 1989 y de 10 de Marzo de 1990; la SAP de Castellón de 24 de diciembre de 1990; la SAP de Cuenca de 11 de Marzo de 1993 y la SAP de Barcelona de 23 de Noviembre de 1994.

87. RIVERO ALEMÁN, S.- Disciplina del crédito bancario y protección al consumidor..cit, pag.210.

88. GARCÍA AMIGO, M.- Condiciones generales de los contratos, en “RDP”, Madrid 1969, pag.27.

89. Cláusulas como las que siguen pueden leerse en algunas pólizas : “Con el fin de que en todo momento pueda el Banco comprobar, tanto el destino como el buen

como su exigibilidad y vencimiento que puede ser decidido de forma unilateral⁹⁰, lo cual podría contradecir la doctrina general de los arts. 1256 y concordantes del Código Civil .

Así mismo y a la garantía que supone una mayor efectividad de los créditos de ella derivados por su acceso a la ejecución, puede que se acompañe también con garantías reales o personales⁹¹, lo que determina o puede determinar una

desarrollo de la operación, el prestatario se obliga desde ahora a facilitar a las personas que por aquel se designen cuantos documentos, balances, inventarios, cuentas, datos o antecedentes se le vayan requiriendo, permitiendo igualmente el acceso de sus oficinas, almacenes y dependencias, así como el examen de sus libros y registros..., pudiendo reputar vencido de pleno derecho el préstamo cuando el prestatario no justifique, a JUICIO LIBRE Y PLENA SATISFACCION DEL BANCO, la utilización del préstamo para la finalidad y atenciones establecidas en el presente contrato", añadiéndose en algunas pólizas que "durante la vigencia del contrato el prestatario no podrá contraer ninguna deuda con garantía real, prestar avales o garantías a terceros, enajenar bienes de su activo, ni cambiar sustancialmente la naturaleza de su negocio", en otras se dice "que se podrá reputar vencido el préstamo si el prestatario enajenase, gravase o arrendase, o perdiese por cualquier título la posesión de los bienes adquiridos sin la previa y escrita autorización del Banco." "El prestatario se compromete, al primer requerimiento del Banco, a asegurar sus bienes a satisfacción de éste, debiendo hallarse aquel al corriente en el pago de las primas y en el cumplimiento de las demás obligaciones que le imponga la póliza de seguro. Los gastos ocasionados en su caso por el seguro de los bienes serán de cuenta del prestatario. En cualquier momento hasta el vencimiento del préstamo se obliga al prestatario a constituir a requerimiento y PLENA SATISFACCION DEL BANCO las garantías reales sobre bienes muebles, inmuebles o derechos que por este se le exijan en aseguramiento de las obligaciones que en virtud del presente contrato tenga contraídas."

90. De entre las cláusulas que hemos podido encontrar en pólizas al uso, aparecen también las siguientes: "El Banco se reserva la facultad de dar por concluso el plazo en cualquier momento, sin mas que advertir de ello al deudor con un mes de anticipación, por simple aviso o por carta dirigida al domicilio declarando en esta póliza."; "En caso de incumplimiento por el prestatario de alguna de las estipulaciones de la póliza quedaran vencidas todas las demás obligaciones pendientes entre el Banco y el prestatario, ya se trate de operaciones de la misma o de distinta naturaleza."
91. BARBA DE VEGA, JOSÉ.- Garantías reales en las operaciones de apertura de crédito bancario. Títulos valores: concepto. Prenda de títulos. Naturaleza jurídica de las libretas de imposiciones a plazo y de los certificados de deposito. Prenda "irregular" de dinero, en " Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil", núm.10, Ene-Mar. 1986, 3363.

situación de prevalimiento que ha planteado en ocasiones problemas de legalidad originando la correspondiente crítica de la doctrina⁹², planteándose en ocasiones, ante los Tribunales la legalidad de estos contratos de adhesión⁹³.

Sin embargo en el momento presente se camina hacia una legislación uniforme en la que se establece la nulidad de las cláusulas que resulten injustificadamente onerosas para alguna de las partes, buscándose en orden a las garantías la debida proporcionalidad entre la cuantía del crédito y la entidad de aquellas, notándose una evidente orientación en orden al progresivo equilibrio en las pólizas de las posiciones de las partes pues en definitiva a nada conduce el establecimiento de cláusulas abusivas que puede invalidarse por los Tribunales⁹⁴.

D) La póliza bancaria y sus modalidades

En todo caso y en dicho termino deben quedar comprendidas diferentes modalidades dependiendo del tipo de contrato plasmado en cada una de ellas:

92. VILLALBA LAVA, MERCENARIO. Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, leasing y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil. en "Revista General de Derecho", núm, 576, sep. 92, pag 8079 y sig.
93. La Sentencia de la AP de Sevilla, secc.5ª, de 13 de Julio de 1990, plantea el problema de la legalidad de los contratos de adhesión sobre pólizas bancarias y la posibilidad de que afecten a la nulidad del juicio en el que se plantea por falta de fuerza ejecutiva del titulo.
94. En este sentido, la SAP de Badajoz de 19 de julio de 1991, que reconoce al art.10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, entre otros, como medio de control legal de las condiciones generales de los contratos a manifestar que dicho articulo "...se constituye así en piedra angular y punto de referencia de la protección de los consumidores, al establecer en dicho precepto, la nulidad de una serie de cláusulas que se establecen en los contratos de adhesión que se convierten en abusivos".

a) **Póliza de préstamo.**- A través de la misma la entidad bancaria hace entrega de una cantidad determinada de dinero a su cliente y deberá devolverla con sus intereses en una fecha determinada.

b) **Póliza de crédito.**- En esta modalidad el banco pone a disposición de su cliente una determinada suma que se ingresa en una cuenta denominada de crédito en la que se anotan las diversas partidas de ingresos y reintegros, percibiéndose intereses, por las sumas dispuestas, debiendo restituir el saldo resultante a su vencimiento.

Tiene el inconveniente de cara a la ejecución respecto de la anterior, que en aquella la cantidad esta perfectamente determinada y en esta solo puede obtenerse como resultado del debe y el haber de la cuenta abierta.

c) **Póliza de descuento.**- Esta modalidad permite al cliente obtener créditos parciales frente a la entrega de documentos cambiarios y por el importe de estos hasta el importe del crédito concedido en la póliza de manera que si el crédito incorporado al efecto no llega a hacerse efectivo se incluye en la cuenta derivada de esta operación.

El Tribunal Supremo señala en relación con la misma que “ *la esencia de toda operación de descuento bancario, al entrañar la mera cesión <<pro solvendo, no pro soluto>> del crédito que incorpora la letra descontada, consiste precisamente en que si dicho crédito no llega a hacerse efectivo por el obligado a su pago, el Banco descontante puede reclamar su importe de aquel que obtuvo el descuento de las mismas*”(S.T.S. 5/2/1981).

d) Póliza de afianzamiento.- es la que suscribe un tercero y cuyo fin, es garantizar a la entidad bancaria, el buen fin de otras pólizas.

En todas ellas existe una concesión de un crédito por parte de la entidad bancaria pero el problema que pueden plantear desde el punto de vista procesal en aras a la reclamación del crédito definitivo es diferente, por que la determinación del saldo final del mismo plantea problemas que pueden ser graves de cara a una ejecución, sobre todo en relación con las pólizas de crédito.

Respecto a las pólizas de préstamo y conforme a una interpretación que venia sosteniéndose con anterioridad a la reforma del 84, se excluían del ámbito del art.1435 los contratos de simple préstamo atendiéndose siempre a los precedentes (Orden de 25 de Abril de 1950 y RD de 15 de Octubre de 1982), con una diferencia clara con las pólizas de crédito porque el resultante liquido es bien distinto en unas y en otras por su determinación⁹⁵.

Todavía en la actualidad algún sector doctrinal y jurisprudencial se empeñan en acudir a interpretaciones restrictivas en cuanto al alcance de la nueva regulación vigente a partir de la reforma del 84, excluyendo del ámbito de aplicación del art.1435.4 no solo a los contratos de prestamos sino a cualquier otro contrato que no sea de crédito, ignorando que el propio sentido literal del mismo es claro res-

95. Ver en este sentido la SAP de Toledo de 3 de abril de 1996; la SAP de Cuenca de 6 de mayo de 1994 o la SAP de Pontevedra de 13 de Febrero de 1996 que excluyen del ámbito de aplicación del art.1435 los créditos derivados de pólizas de préstamo.

pecto a su extensión a todos los contratos mercantiles otorgados por entidades financieras o de crédito⁹⁶.

La AP de Cordoba en Sentencia de 12 de septiembre de 1997 hace expresamente hincapié en que "el procedimiento liquidatorio del art.1435 es compatible con todos los contratos mercantiles, dada la literalidad de su texto."y Señala en relacion con las pólizas de afianzamiento que, si bien, *"no es precisa la certificación del fedatario si se pacta que la demanda es ejecutiva, porque la cantidad puede ser reclamada con la sola aportación de la certificación expedida por la entidad bancaria.....en la Póliza, pueden existir casos en los que sea exigible el expreso requisito del fedatario mercantil, y son aquellos en los que se practique un cierre de saldo, en relación con la cláusula 2 de la póliza; pero si lo que se reclama es el importe de los principales de los descuentos adeudados, reflejados en cada uno de los documentos que se aportan, es evidente que basta con la certificación bancaria, precisamete porque su importe total se obtiene mediante la suma de aquellas cantidades, situación contable en la que resultaría absurdo, por el sometimiento a formalismo carente de razón, que fuera necesaria la certifi-*

96. La SAI² de Cadiz de 15 de enero de 1996 es tajante al afirmar que "No hay, así, base legal para excluir a otras operaciones financieras, como son el arrendamiento financiero y las pólizas de afianzamiento, salvo que se parta de una desorientación de partida, como se acaba de comentar. Con la actual redacción del art.1435 LECiv. este pacto es válido en cualquier contrato mercantil otorgado por entidades de crédito, tanto si la cantidad exigible es por esencia ilíquida, como ocurre en contratos de crédito, descuento, afianzamiento, como los que <<a priori>>, por su naturaleza real como es el caso del préstamo, conlleva, en principio una obligación líquida, ya que dada la riqueza y variedad contractual y de la propia operatoria bancaria, se hace necesario en la práctica tal certificación y una mínima comprobación contable en la mayoría de las operaciones bancarias." En el mismo sentido la SAP de Vizcaya de 8 de septiembre de 1995.Y más recientemente la SAP de Cordoba(Secc.2ª)de 12 de septiembre de 1997.

cación del fedatario mercantil, limitada, en definitiva, a constatar la mencionada operación aritmética.”

Efectivamente se trata de supuestos diferentes en los cuales podemos llegar a la determinación de la deuda exacta de forma más complicada o más sencilla, pero lo que nos interesa saber es que en ambos casos esta abierta la ejecución siempre que se cumplan las prevenciones legales combinadas de los art.1435 y 1429.⁹⁷

E) Sobre la liquidez del crédito

Uno de los problemas mas importantes que tradicionalmente surgieron de cara a la efectividad y ejecución inmediata del saldo resultante de una póliza de crédito, es el referente a la forma de determinar o concretar la cantidad liquida por la que debe despacharse ejecución, debido a que el titulo ejecutivo que documenta el contrato solo determina la cantidad máxima de la que podrá disponer el acreditado pero no determina la cantidad concreta objeto del crédito o saldo deudor(cantidades dispuestas, intereses devengados y demás gastos pactados).

Dicha cantidad necesita ser concretada al día de vencimiento de la obligación a través de la oportuna liquidación⁹⁸,

97. Vid. HUERTA VIESCA,M.I. y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.- La ejecutividad de las pólizas bancarias de préstamo(estudio de los párrafos cuarto y quinto del artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en “RDM”, Julio-Septiembre 1995, núm.12, pag 1165 y sig.

98. Según apunta MARTÍNEZ PASTOR.-La póliza de crédito..cit.pag.92. “Al conjunto de operaciones necesarias para establecer un saldo se llama...liquidación. Ahora bien, la liquidación puede ser final(o total), o parcial. Se puede convenir practicar las liquidaciones cada cierto tiempo de duración del contrato(mensualmente por ejemplo), sin que esa liquidación tenga por finalidad compensar los saldos con

o ajuste de cuentas entre el acreedor y deudor en base al estudio comparativo de los asientos de abono y adeudo que se han ido produciendo en la cuenta. Si ambos están de acuerdo en el resultado se dice que dicha cantidad es líquida⁹⁹.

El gran inconveniente para los contratadores en masa de créditos aparecía cuando los deudores se negaba a prestar su colaboración a las operaciones de liquidación, que era lo más frecuente cuando la misma no le era favorable y pretendían dificultar su reclamación.

Ante tal situación la acreedora se veía privada de la posibilidad de acudir a la vía ejecutiva para reclamar de forma rápida y efectiva su crédito, porque aunque este estuviera instrumentado en póliza intervenida y hubiera vencido, carecía del requisito de la liquidez que exigía el art.1435 a efectos del despacho de ejecución. Dicho precepto, en su redacción originaria no preveía ninguna solución al respecto. Por consiguiente, y ante tales circunstancias, la entidad acreditante se veía obligada a entrar en el juicio declarativo ordinario en reclamación de cantidad ilíquida, cuya liquidez había de establecerse dentro del período probatorio o incluso aplazarla a ejecución de sentencia¹⁰⁰.

dinero, sino solo saber<<como van las cosas>> y tomar decisiones al respecto si procede; e incluso si en esos arreglos de cuentas o liquidaciones parciales se produce la compensación y equilibrio de saldos a metálico, no necesariamente ha de ser una liquidación final, ésta sólo tiene lugar cuando el contrato se ha terminado, el plazo para ello se ha cumplido, la obligación ha vencido o la figura societaria, propia o impropia se ha disuelto,<<liquidado>>.

99. PÉREZ VALENZUELA.-Régimen legal de la póliza tras la <<Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil, en "RGD", núm.480, 1984, pag.1915. Señala que "Cantidad líquida es la que está determinada en su montante, no existiendo duda en torno a su existencia y exigibilidad.

100. MARTÍNEZ PASTOR.-Ob.cit., pag 90 a 101.

Todo ello provocaba un perturbador retraso en el cobro de sus créditos, repercutiendo desfavorablemente en la propia solvencia de las entidades de crédito, ya que al trabajar con fondos ajenos, estaba a su vez obligada al reintegro puntual de los mismos, peligrando de este modo no solo el sistema crediticio sino el sistema económico en general.

En consecuencia, ante la ausencia de regulación legal respecto a la forma de determinar la cantidad líquida reclamable al cierre de una cuenta de crédito, y ante la necesidad de cumplir con el requisito de la liquidez del art.1435 de la LEC¹⁰¹ a efectos del despacho de ejecución, la Banca, con apoyo en la libertad negocial(art.1255 del Cc), inicialmente, optó por la incorporación a las pólizas de crédito, del llamado pacto de liquidez¹⁰², en virtud del cual, el deudor reconocía como cierta, que la cantidad exigible en caso de reclamación, sería la que hiciese constar la Entidad acreedora, y por tanto tendría la consideración de líquida a los efectos del despacho de ejecución.

101. En su redacción originaria el art.1435 de la LEC establecía que: " Solo podrá despacharse ejecución: 1º Por cantidad líquida en especie, que excediere de 250 pts. 2º Por cantidad líquida en especie, computandola a metálico, siempre que su valor excediere de 250 pts. En ambos casos será preciso que haya vencido el plazo de la obligación.."

102. " A los efectos de lo dispuesto en el art.1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se pacta expresamente por los contratantes que la liquidación para determinar la deuda ejecutivamente reclamable podrá practicarse por el Banco, mediante la exposición de la oportuna certificación que recoja el saldo que presente la cuenta del deudor. En este caso, bastara para el ejercicio de la acción ejecutiva la presentación de esta póliza, juntamente con la certificación prevenida en el artículo 1429-6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la aportación del certificado, expedido por el Banco, del saldo que resulte a cargo del deudor; en dicho certificado hará constar el Agente de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio que intervenga a requerimiento del Banco, que dicho saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor y que la liquidación de la deuda se ha practicado en la forma pactada en esta cláusula por las partes."

Dicho pacto, se convirtió en práctica habitual y poco después, paso a formar parte del Reglamento General del Banco de España por orden de 23 de marzo de 1948, concretamente en su art.103, según el cual *“La liquidación de un crédito practicada por el Banco a su vencimiento, o antes de este, a voluntad de cualquiera de las partes, previo aviso, hará fe en juicio y a ella se someterá anticipadamente en la póliza el acreditado, considerándose líquida la cantidad que de la certificación librada por el establecimiento resulte, a los efectos de que con ella, la póliza vencida lleve aparejada ejecución después de su comprobación judicial con los Registros del Agente mediador.”*

Se pretendía así evitar que el deudor pudiese dificultar la liquidación, prescindiendo de su necesaria pero casi siempre entorpecedora colaboración, puesto que en virtud de dicho pacto, inserto en un contrato de adhesión, se veía obligado a aceptar como correcta la liquidación que al cierre de la cuenta practicara la entidad acreditante y como liquida la cantidad resultante de la misma a efectos del despacho de ejecución.

Tal precepto, en realidad, no establecía la forma en la que debía el Banco practicar la liquidación, simplemente suponía un claro privilegio, puesto que el Banco se permitía el “lujo” de otorgar fuerza probatoria a sus certificaciones, justificándose tal hecho en base a la presumible escrupulosidad de la contabilidad bancaria, en cuyos libros se asentaban todas y cada una de sus operaciones¹⁰³, a juicio de Laborda

103. GARRIGUES.-Contratos bancarios...cit, pag.45, respecto a la comprobación de las prestaciones contractuales señalaba que “una contabilidad que no fuera correcta sería prácticamente imposible de llevar, pues cualquier amaño o alteración repercutiría en el conjunto del sistema.”

inadmisible¹⁰⁴, ya que dicho sistema permitía su práctica de forma totalmente unilateral por el Banco, en detrimento de las garantías del deudor respecto a la corrección de la liquidación.

Por Orden Ministerial de 21 de Abril de 1950, dicho privilegio liquidatorio se hizo extensible a la banca privada y Cajas de ahorro, en base al mismo fundamento¹⁰⁵, para asegurar así el carácter ejecutivo de las pólizas de crédito, según su exposición de motivos, *"tan indispensable para mantener un sistema crediticio de tanto interés para la economía general del país y para los propios usuarios de los créditos, sin merma de los derechos de estos, que quedan suficientemente garantizados, ya que en el juicio ejecutivo podrán excepcionar la "plus petitio", y en todo caso les queda viva la acción de restitución en juicio ordinario de lo que hubieran pagado de mas."*

La nueva regulación¹⁰⁶, recogía algunas diferencias res-

104. Vid. MARTÍNEZ PASTOR.-La póliza de Crédito...cit, pag.95.

105. DURAN BRUJAS.-Notas sobre la modificación del art.1435 de la LEC...cit, pag.115."el procedimiento establecido en la Orden de 21 de Abril de 1950 podía justificarse en base a que las Entidades de crédito están obligadas a llevar los libros de contabilidad, asentando en ellos todas sus operaciones." En la misma línea MARTÍNEZ PARDO.-La liquidez de los créditos(art.1435 párrafo 4º de la Ley de Enjuiciamiento civil...cit, pag.882.

106. En su art.1 disponía que" En las pólizas de crédito intervenidas por Agente de Cambio y Bolsa, o Corredor de Comercio colegiado, con o sin garantía pignoratícia que otorguen los Bancos, Cajas de ahorro o Sociedades de Crédito, podrá convenirse que la determinación del saldo del crédito al día de su vencimiento, por la entidad acreedora, hará fe en juicio y surtirá todos los efectos legales pertinentes, y a ella se someterá el deudor, los fiadores y avalistas, si los hubiese. Continuaba en su art.2 estableciendo que "A efectos del procedimiento ejecutivo ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil o del especial que establece el art.323 del Código de Comercio se considerará líquida la cantidad que resulte, después de la comprobación judicial, con los registros que lleve legalmente el Agente mediador que intervino la póliza.

pecto a la redacción del texto anterior que podemos resumir en las siguientes:

a) por un lado, se hace al menos, mención expresa de la posibilidad de que pueda "convenirse" que la determinación del saldo del crédito pueda hacerse por la entidad acreedora de forma unilateral, que el mismo hará fe en juicio y que a efectos del procedimiento ejecutivo se considerará líquida la cantidad que conste en la certificación de la entidad acreedora después de la comprobación judicial con los libros del Agente mediador que intervino la póliza.

b) Además, la liquidación debe ir referida al día del vencimiento del crédito.

c) y también, la necesidad de que la certificación emitida por la Entidad de crédito con expresión del saldo, debía ser intervenida por el mismo Corredor de Comercio colegiado que intervino la póliza, haciendo constar la coincidencia del saldo resultante de la liquidación con el que aparecía en la cuenta corriente abierta al deudor en los libros de su contabilidad.

d) En virtud del pacto, no solo el acreditado quedaba sometido, reconociendo como cierta la cantidad que resultase de la liquidación practicada de forma unilateral por la entidad acreditante, sino que dicho reconocimiento se hacía extensible los fiadores y avalistas si los hubiese.

El sistema establecido el la O.M. de 1950, no era, como resulta evidente, el más conforme con los principios de justicia y equidad, pero permitió durante más de treinta años

La expresada certificación deberá ser intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio Colegiado, haciéndose constar en la diligencia de intervención que el saldo que figura en la certificación, coincide con el que aparece en la cuenta corriente abierta al deudor en los libros de aquella entidad."

que los Bancos y demás entidades de Crédito pudiesen reclamar con mayores o menores dificultades sus créditos instrumentados en pólizas intervenidas por Corredor de Comercio Colegiado, en vía ejecutiva, admitiéndose no en pocas ocasiones, como válida por nuestros Tribunales¹⁰⁷ la determinación unilateral por la entidad acreditante de la cantidad líquida exigible a efectos del despacho de ejecución en base al polémico "pacto de liquidez".

Por Real Decreto núm. 2680/1982, de 15 de octubre¹⁰⁸, se amplía la posibilidad de poder insertar la cláusula del pacto de liquidez en los contratos y operaciones de crédito instrumentados en escritura pública, habilitándose al Notario para determinar y fijar la cantidad líquida exigible en caso de ejecución a través del levantamiento del acta oportuna¹⁰⁹.

Es precisamente a principios de los años ochenta, vigente por tanto nuestra Constitución, cuando comienza a ponerse en tela de juicio la validez y legalidad de la O.M de 1950 y del citado Real Decreto¹¹⁰, a la luz de los principios cons-

107. Vid. Auto de la AT de Valladolid de 9 de febrero de 1960.

108. En el mismo se estableció que "Si en los contratos y operaciones de crédito de cualquier clase, otorgados mediante escritura pública por Entidades de crédito, ahorro y financiación, se hubiese pactado que la cantidad líquida exigible en caso de ejecución sea determinada por acta notarial, el Notario, a requerimiento de los representantes legales de la Entidad, la levantará determinando y fijando el saldo de la cuenta, con incorporación de la certificación de la entidad acreedora y referencia de la documentación que lo acredite."

109. Para DURAN BRUJAS.-Notas sobre la modificación...cit, pag.7. La propia redacción del precepto le induce a pensar que la cantidad líquida exigible debía determinarla y fijarla por sí mismo el notario en el acta,"en base a la documentación que le fuera mostrada, la cual quedaba asimismo incorporada en el acta..."

110. NIETO CAROL, La liquidez...cit, pag.2. Señala como "no en vano el Consejo de Estado emitió con fecha 9 de Junio de 1982 dictamen contrario a la promulgación del citado Decreto por considerarlo contrario al principio de legalidad, ya que esta materia, por afectar a lo regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, debería tener rango normativo de ley formal."

titucionales que inspiran nuestro ordenamiento jurídico a raíz de su promulgación, denunciándose en otras cosas, la insuficiencia de su rango normativo (de carácter reglamentario) para regular una materia que afecta o modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con la tan deseada Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil operada por Ley 34/1984 de 6 de Agosto, el pacto de liquidez, no solo no queda derogado, sino que consigue al fin su reconocimiento en una disposición con rango de ley formal, concretamente en el párrafo cuarto del art.1435 de la LEC, eliminándose así la incertidumbre existente hasta el momento, acerca de la legalidad o ilegalidad de la Orden Ministerial de 1950.

No obstante, la finalidad de dicha reforma en relación con el tema que nos ocupa en estos momentos, era fundamentalmente conseguir una mayor reciprocidad de intereses entre las partes contratantes en un intento de fortalecer las garantías del deudor en aras a evitar, que la determinación de la deuda líquida exigible, quedara exclusivamente en manos de la entidad acreedora¹¹¹, situación que como hemos visto, era y sigue siendo la habitual, puesto que el control que realizaba el fedatario respecto a la corrección de la liquidación practicada por la entidad, era en realidad nulo si tenemos en cuenta que su actuación consistía simple y llanamente en

111. Y así fue puesto de manifiesto, ya que la redacción del texto, tal y como apareció en la ley se debió a la aceptación de una de las enmiendas de las que fue objeto el texto del proyecto de la reforma de la ley, concretamente la num.539 que presento el Grupo Socialista cuya justificación venía dada por "la mejora técnica" en cuanto a su redacción y mejorar la posición jurídica del deudor; evitando que la determinación del saldo quede al solo arbitrio de la entidad acreedora con dos mecanismos: la revisión por parte del fedatario y la coincidencia del saldo con la contabilidad."

constatar la identidad del saldo de la certificación con el que aparecía en los libros de contabilidad de la entidad¹¹².

El hecho de que constate que los saldos coinciden, sin haber realizado ninguna comprobación respecto a la forma en la que se practica la liquidación, no acredita que la misma se halla realizado correctamente y por consiguiente tampoco, la exactitud del crédito.

A tal objeto, el nuevo precepto exige que el fedatario acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y además que el saldo certificado coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor¹¹³.

112. Según DURAN BRUJAS.- Notas sobre la modificación del párrafo cuarto del art.1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.cit, pag.115. "Al solo fin de evitar el llevar los libros al juzgado o que el órgano judicial tuviera que desplazarse a verificarlos."

113. La AT de Palma de Mallorca en sentencia de 14 de Mayo de 1988, se pronunciaba, respecto a la finalidad de la reforma, en los siguientes términos:"Con tal precepto se resuelve:1º) Cualquier duda sobre la legalidad o ilegalidad de la Orden de 1950 y el problema de si en nuestro sistema jurídico era posible, mediante disposiciones administrativas que la Ley de Enjuiciamiento Civil quedara derogada, modificada o aclarada a través de preceptos reglamentarios que interfirieran en la regulación procesal civil legalmente establecida, al haber incorporado la propia Ley procesal el contenido de la misma, por virtud de una Ley formal;

2º) Esta reforma vino motivada por la necesidad de reforzar la posición jurídica del deudor, evitando que la determinación del saldo quedara solo al arbitrio de la entidad acreedora, al exigir que dicha cantidad sea revisada por un perito en la materia, y que tal comprobación se acredite fehacientemente, ya que la actuación del fedatario es doble: a)la de constatar la coincidencia entre el saldo certificado y el saldo de cuenta, y b) hacer constar asimismo que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes en el juicio ejecutivo.

y 3º) el carácter ejecutivo de las pólizas de crédito, indispensable para mantener un sistema crediticio, no merma los derechos de los usuarios de los créditos al quedar suficientemente garantizados, ya que en el juicio ejecutivo podrá excepcionar plus petitio y en todo caso les queda viva la acción de restitución en juicio ordinario, de lo que hubiesen pagado de más."

La polémica estaba servida. Su perversa redacción, cargada de conceptos oscuros y ambiguos, dio origen a interpretaciones de lo más discrepantes, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia¹¹⁴. Una de las cuestiones conflictivas rondaba precisamente entorno a cual debía de ser concretamente la función del fedatario para extender la certificación del saldo, hasta el punto de llegar a considerarse dicho precepto, a juicio de *ANDRÉS DE LA OLIVA*¹¹⁵ como "norma de imposible cumplimiento, que por su propia imperfección no se puede cumplir ni aplicar". Dialectica que poco después originaría el planteamiento de su constitucionalidad en los términos que antes hemos indicado.

El precepto, como hemos apuntado, hace alusión en primer lugar, a que el fedatario ha de acreditar que la liquidación se ha practicado en la "*forma pactada por las partes en el título ejecutivo*." y además que el saldo de la certificación "*coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor*."

Consideramos, que si por tal expresión, hay que entender que el fedatario solo ha de verificar que efectivamente ha sido la entidad la que ha llevado a cabo la liquidación de forma unilateral y que los saldos de la certificación y de la cuenta abierta al deudor coinciden, sin realizar ninguna comprobación respecto a la corrección de la liquidación misma, y siendo precisamente la intención del legislador la de evitar dicha unilateralidad, la reforma no cumple con su finalidad¹¹⁶.

114. Vid. MOXICA ROMAN, J.-Las pólizas bancarias..cit, pag. 365 y sig.

115. DE LA OLIVA SANTOS, A.-"Nuevas consideraciones ..cit, pag.989 y sig.

116. En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Palma de Mallorca, Secc.3ª, de 15 de junio de 1992 al expresar que "...no puede resultar dudoso que la reforma operada en el precepto citado por la L34/1984 de 6 de ago.(reforma urgente de la LEC) resultaría del todo punto inoperante si quien afirma que la liquidación se ha practi-

No obstante, esta fue la opinión sostenida por el Consejo Superior bancario, en su Circular de 19 de octubre de 1984, avalada a su vez por algún sector doctrinal¹¹⁷ y también jurisprudencial¹¹⁸. Según aquel “ *el requisito establecido en el*

cado conforme a lo pactado no realiza, en realidad, ninguna actividad de comprobación.”

117. LOPEZ ANTON.- Créditos a interés variable. Su régimen jurídico. Edi. Montecorbo, Madrid 1985. “En cuanto al contenido del documento, éste ha de acreditar que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincide con el de la cuenta abierta al deudor; expresión esta última confusa y que ha de entenderse como que la cantidad reflejada en la certificación sea idéntica al saldo de la cuenta abierta al deudor a los efectos del crédito de que se trate, con arreglo a la documentación contable de la entidad acreditante. En lo que se refiere al primer aspecto, un análisis de la norma en su conjunto lleva a la conclusión de que la única interpretación posible del mismo es que la determinación de la cantidad reclamada se ha efectuado..conforme al procedimiento que las partes hayan pactado al efecto..”; SAGUAR QUER, F.J.-La liquidez en el juicio ejecutivo de los Contratos Bancarios,en” RDBB”, num.32, 1988, pag.839 y sig. Por su parte se decanta claramente” por la tesis de que el fedatario(Notario o Mediador Mercantil indistintamente) habrá de limitarse a constatar la existencia de la cláusula y a dar fe de la conformidad del saldo certificado con el de la cuenta del deudor, todo ello en base a la manifestación del establecimiento de haber efectuado la liquidación de conformidad a lo pactado, siendo el acreedor quien, en definitiva, peche con las eventuales consecuencias legales derivadas de una actuación incorrecta.”; MARTINEZ PARDO.- La liquidez de los créditos(artículo 1435 párrafo 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil)..cit, pag.880-887.
118. Vid. Sentencia de la AT de Cáceres de 10 de Junio de 1986; SAT de Valladolid de 11 de noviembre de 1987:”...la exposición de un estudio contable y justificado se opone a la sencillez y celeridad del tráfico comercial.”; SAP de Barcelona de 22 de febrero de 1990 y de 13 de junio de 1990: “..el fedatario cumple con comprobar el saldo final de la deuda así como que su determinación ha sido efectuada según lo pactado en tanto que no exigiendosele la práctica de un auditoría total o plena, debe certificar y dar fe de la coincidencia entre la cifra y el saldo deudor, más no de su contenido.”; SAP de Oviedo de 11 de Abril de 1990: “No es necesario aportar el extracto comprensivo del movimiento de la cuenta...” ; SAP de Palencia de 15 de Julio de 1991:”..el fedatario tiene que limitarse a comprobar el saldo final y que su determinación se ha hecho formalmente con lo pactado...esta interpretación se ajusta a la letra del art.1435 de la L.E.Civ..., el precepto alude a la forma , no al contenido de la liquidación...” ; SAP de Granada de 27 de junio de 1991: “..en la forma pactada por las partes..., debe entenderse que se refiere solo al procedimiento a seguir para establecer el saldo último..ya que el precepto alude claramente a la forma y no al contenido de la liquidación.”

artículo 1435 LEC de que el documento fehaciente acredite que la liquidación se ha realizado en la forma pactada entre las partes, debe entenderse, se refiere exclusivamente, de mutuo acuerdo, con previa notificación, con intervención de un tercero..., etc), puesto que el precepto alude claramente a la forma y no al contenido de la liquidación” lo que en definitiva no es mas que una salida para resolver la dificultad de que el Corredor revise y compruebe la bondad del saldo, que evidentemente, puede ulteriormente ser impugnado por el ejecutado en el incidente de oposición a la ejecución.

El problema reside en que el Corredor de Comercio puede dictaminar e incluir en la correspondiente certificación, el saldo que resulte de los diferentes apuntes contables que existen en la cuenta, pero tal intervención no alcanza a determinar si esos apuntes son correctos, y en especial si los intereses han sido bien calculados, dato determinante de la liquidez del documento bancario¹¹⁹. Por ello, un amplio sector doctrinal viene insistiendo en la necesidad de que la actividad del fedatario sea realmente revisora, comprobando si la liquidación se ajusta a lo pactado en el título ejecutivo, cosa que en la práctica tiene graves dificultades¹²⁰, derivadas

119. NIETO CAROL, UBALDO. La liquidez de los contratos bancarios..cit, pag.1013; PÉREZ VALENZUELA, JUAN. La liquidez procesal de la póliza..cit., pag.451.

120. En estos términos se pronunciaba DE LA OLIVA SANTOS.-El nuevo art.1435 LEC y la “liquidez” de la cantidad que parezca adeudarse según contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación en escritura publica o póliza intervenida..cit., pags. 25- 53. “Entre la auditoría y la mera afirmación, formalismo seco...debe moverse la actividad del fedatario. Si bien el mismo autor rectifico su postura tres años más tarde,.-Nuevas consideraciones cit., pag. 991. “Hoy pienso que no hay espacio entre esos dos extremos, es decir, que no cabe imaginar, si se excluye el formalismo y se excluye la auditoría revisora de las incidencias de relación crediticia, una actividad que permita producir un documento genuinamente fehaciente, que de verdad acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo, más la coincidencia del saldo,

de la propia mecánica de los apuntes, por lo que resulta imprescindible que la Entidad acreedora le facilite la documentación apropiada y suficiente a tal fin.

Dentro de esta línea, la posición más extrema es la adoptada por aquellos que consideran que el fedatario ha de practicar una completa auditoría de la cuenta, comprobándose la procedencia y justificación de cada uno de los asientos y apuntes de la cuenta y sus correspondientes fechas de valoración¹²¹.

Personalmente, considero más acertada la postura adoptada por un amplio sector de nuestra doctrina¹²² y jurisprudencia.

121. RON SERRANO, F.- La determinación de la liquidez en la póliza bancaria a los fines de su ejecución...cit, pag.79 y sig. " El cumplimiento de dicha obligación...lleva implícita, según nuestro entender, una actuación analítica y técnica sobre los documentos que deben ser aportados por la Entidad acreedora a los fines del conocimiento de la forma en que haya podido practicarse la liquidación y si esa forma en que la misma haya podido practicarse es, precisamente, la que pactaron las partes en el título ejecutivo; análisis y estudio técnico que debe extenderse sobre los asientos que los documentos originan en la cuenta de la póliza, lo que, por otra parte, no es función y actividad que exceda de los conocimientos profesionales de los Corredores de comercio y de los Agentes de Cambio y Bolsa."; CORTES DOMÍNGUEZ.- Del procedimiento ejecutivo, en "Comentarios a la Reforma de la LEC", Madrid 1985, pag. 706. "La Ley exige que en la certificación de la entidad acreedora se expongan detalladamente todas y cada una de las operaciones que produce la cantidad final del saldo exigible, pues de otra manera sería imposible que dicha certificación acreditara que se ha seguido las pautas marcadas por el acuerdo de voluntades expresado en la cláusula de liquidación."
122. PEREZ VALENZUELA, J.- " Régimen legal de la póliza tras la Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil...cit., pag. 1907 y sig.; BONARDELL LENZANO, R.- La determinación de la liquidez de la deuda reclamable en los procedimientos ejecutivos derivados de contratos bancarios, en " CDC", 1987, pag. 135 y sig.; DURAN BRUJAS, M.- Notas sobre la modificación del art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...cit, pag. 3 y sig.; ORTIZ NAVACERRADA, S.- Título ejecutivo y liquidez de las pólizas de crédito a efectos del despacho de ejecución...cit, pag. 135; OLMEDA FERNANDEZ.- Contenido del documento fehaciente previsto en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contratos de adhesión y derechos de los consumidores, en " CGPJ", Madrid 1993, pag. 462; FERNANDEZ LOPEZ.- El pacto de liquidación del art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en "Contratos de adhesión y condiciones generales", Madrid 1993, pag. 347-349; VAZQUEZ IRUZUBIETA.-

dencia¹²³ que se pronuncian a favor de una posición interme-

Doctrina y Jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid 1989, pag.1742; DE LA OLIVA SANTOS.- " El nuevo artículo 1435 de la L.E.C. y la <<liquidez>> de la cantidad que parezca adeudarse según contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito ahorro y financiación, en escritura publica o en póliza intervenida..cit,pags. 48-50; NIETO CAROL.-Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios,en" Contratos de adhesión y derechos de los consumidores", Madrid 1993, pag.283; HUERTA VIESCA Y RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA.- La ejecutividad de las Pólizas bancarias de préstamo(estudio de los párrafos cuarto y quinto del art.1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en "Revista de Derecho Mercantil", julio-setiembre, Num.217, 1995, pag.1196; TORRES LOPEZ.- Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en "Comunicación a la cuarta ponencia", Madrid 1985, pag.197 y sig.;MUÑOZ JIMENEZ.- Problemas interpretativos del art.1435, párrafo cuarto de la LEC, en "Cuadernos de Derecho Judicial", publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pag.287; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ- RIFÁ SOLER- VALLS GOMBAU.- El juicio ejecutivo..cit, pág 249.

123. La AP de Cadiz en sentencia de 15 de Enero de 1996 se pronuncia en los siguientes términos:" Como ha venido señalando desde hace tiempo la mejor doctrina y jurisprudencia, la Ley de Reforma Urgente de 6 de agosto de 1984(RCL 1984, 2040; RCL 1985, 39 Y ApNDL 4257) ha venido a modificar, entre otros numerosos, el art.1435 con el propósito fundamental de garantizar en mayor medida que lo hacía el viejo texto, el derecho de los deudores frente a la autoliquidación de créditos de las entidades acreedoras, generalmente, los Bancos. Por eso, el art.1435 contiene una exigencia que no puede quedar al margen de la intervención del Corredor, que es la de comprobar que la liquidación se ha practicado en la forma pactada, obligación que lleva incorporada la misión profesional de comprobar que los cálculos están bien realizados, en función de los tipos de interés y comisiones pactados y de que el saldo se ajusta al movimiento de cargos y abonos formando como base los asientos que aparezcan y su fecha de valoración.". En esta misma línea, La sentencia de la AP de Oviedo de 14 de Abril de 1987; la SAP de Palma de Mallorca de 15 de septiembre de 1987; Sentencias de la AT de Valencia de 15 y 22 de octubre de 1987; SAP de Valladolid de 11 de noviembre de 1987; SAP de Palma de Mallorca de 14 de mayo de 1988; SAP de Valladolid de 11 de Noviembre de 1988; SAP de Madrid de 17 de abril de 1989; SAP de Palma de Mallorca de 20 de septiembre de 1989; SAP de valencia de 27 de marzo de 1990; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de Marzo de 1990; SAP de Murcia de 20 de septiembre de 1990; SAP de Castellon de 24 de diciembre de 1990; SAP de Bilbao de 15 de Mayo de 1991; SAP de Madrid de 23 de diciembre de 1991; SAP de Palma de Mallorca de 9 de Enero de 1992; STC de 10 de Febrero de 1992; SAP de Barcelona de 15 de junio de 1992; SAP de Badajoz de 30 de junio de 1992; SAP de segovia de 31 de diciembre de 1992; SAP de Castellon de 15 de Mayo, de 23 de septiembre y de 11 de octubre de 1993; SAP de Palma de Mallorca de 22 de enero y de 11 de mayo de 1993 ; SAP de segovia de 2 de septiembre de 1993; SAP de Leon de 28 de octubre de 1993; SAP de zamora de 30 de noviembre de 1993; SAP de Segovia de 10 de junio de 1994; SAP de Malaga de 5 octubre de 1994; SAP de Leon de 24 de Noviembre de 1994; SAP de Segovia de 19 de julio de 1996.

dia, considerando que no es necesaria una auditoría en el sentido propio de la palabra, pero si resulta conveniente, que el fedatario realice alguna comprobación, en aras a valorar de alguna manera, si la liquidación se ha llevado a cabo conforme a lo pactado por las partes en las condiciones de la póliza y ello en relación con los tipos de interés (ordinarios y de demora), comisiones de estudio y de apertura, el plazo de vencimiento etc..., y que también se han tenido en cuenta en dicha liquidación los reintegros realizados por el deudor ejecutado, sin que su labor se limite simplemente a constatar la coincidencia del saldo con el que aparece en la cuenta a la fecha del cierre de la misma, puesto que de no ser así la nueva situación tras la reforma no diferiría sustancialmente de la anterior.

Otra cuestión muy debatida en relación con el control judicial previo, y en particular el de la liquidez, de cara al despacho de ejecución, ha sido el de la necesidad o no, de la presentación con la demanda ejecutiva de la denominada "hoja contable", o extracto de los movimientos de la cuenta corriente, cuando aquella no se apoya en un título ejecutivo que por sí solo cumpla el requisito de la liquidez de la cuantía a reclamar, y ello al objeto de cumplir con el deber de proporcionar al juez el auxilio técnico necesario para que pueda comprobar la liquidez de la deuda y evitar el despacho de cantidades expresadas en saldos *"huérfanas de toda explicación o justificación"*, tal y como se desprendía de la ya tantas veces citada sentencia 14/1992 del TC, sentencia, en la que el TC dejaba en manos de los jueces la misión de *determinar* "el alcance que haya de darse a la tarea de acreditamiento de los extremos señalados por la ley, de manera

que se ofrezca a su conocimiento los elementos de hecho y de cálculo imprescindibles para efectuar el examen inicial”.

La hoja contable es el documento consistente en una copia de las partidas que integran la cuenta, con las disposiciones, ingresos y liquidaciones realizadas de intereses y comisiones, y demás vicisitudes contables que llevan a la determinación de un determinado saldo.

De la doctrina que se desprende de dicha sentencia se deduce la necesidad de que, si el juez, a la vista de la reglamentación actual, ha de examinar atentamente la documentación antes de despachar la ejecución¹²⁴, resulta conveniente que la certificación acreditativa de haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes este acompañada de dicha hoja contable¹²⁵.

124. Se hizo famoso el Auto de 28 de Enero de 1987 del juzgado de 1ª instancia de Palma de Mallorca que discurría jocosamente sobre juicios matemáticos para denegar la ejecución. Sin necesidad de llegar a esos extremos, se impone la exigencia de un examen por el juzgado, alejado del automatismo en el despacho de la ejecución. En este sentido se pronuncia la AP de Cádiz en sentencia de 15 de enero de 1996 al decir que: “el control judicial previo de la liquidez no se detiene en la simple constatación formal de que la demanda solicita la condena al pago de una numéricamente concreta cantidad de dinero, sino que se traduce en el juicio acerca de la liquidez del crédito que se ejecuta; juicio de liquidez que versa sobre la entidad cuantitativa, de la deuda, no en el momento de constituirse la relación obligatoria de donde nace, sino en el momento en que el acreedor formula su reclamación. Y por lo expuesto interesa destacar lo siguiente: a) en el momento de admisión a trámite de la demanda ejecutiva, la viabilidad del juicio positivo de liquidez se halla en relación directa con el caudal de información que el ejecutante pone a disposición del juzgador, b) ese juicio positivo tanto más se verá facilitado, cuanto mejor se explique cuáles son los elementos que han intervenido en el cálculo y cuál el desarrollo de las operaciones de las que deriva el importe de la cantidad que solicita la demanda; c) la información no necesariamente a de figurar en el título ejecutivo y, por ello son concebibles otros métodos complementarios de acreditamiento distintos de la certificación del saldo y de la mediación de fedatario.”

125. Son partidarios de dicha aportación autores como DE LA OLIVA SANTOS, A.- Nuevas consideraciones sobre el art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Liquidez de los créditos Bancarios en el Juicio Ejecutivo..cit, pag.992; DOMINGO

Resulta claro, que si el juez ha de cerciorarse de que la cantidad de dinero que se pide en la demanda no es la que buenamente se le antoja a la entidad actora, sino la resultante de la liquidación practicada conforme a lo pactado por las partes en el título, cuanto mejor sea la información que se aporte al juzgador para poder llevar a cabo dicho control, mayores serán las posibilidades de que el juez no deniegue el despacho.

La aportación, junto con la demanda, de la hoja contable además resulta adecuada como ya ha venido manifestándose, no solo para poder poner en conocimiento del juez los elementos de hecho y de cálculo imprescindibles para controlar el requisito de la liquidez y en consecuencia decidir o denegar en su caso el despacho de ejecución, sino también para facilitar al ejecutado su defensa¹²⁶, porque conociendo desde el primer momento, el detalle de la cantidad reclamada podrá ejercitar de manera más efectiva las excepciones de pago y plus petitio¹²⁷.

GONZÁLEZ.- Contribución..cit., pag.814; BAYO DELGADO, ESCRIBANO MORA Y SARAIZA JIMENA.- Repercusiones prácticas de la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992 de 10 de Febrero y de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal en los juicios ejecutivos fundados en pólizas de contratos mercantiles, en "AC", 1992-4, pag.718; HUERTA VIESCA y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA.- La ejecutividad de las pólizas bancarias de préstamo (Estudio de los Párrafos cuarto y quinto del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento civil)..cit, pag.1204.

126. En este sentido, la SAP de Segovia de 19 de julio de 1996 expresaba que "si el ejecutado desconoce el detalle de la reclamación puede suceder incluso- y lamentablemente el hecho no es desconocido en la práctica- que no se oponga a la ejecución por estimar que la cantidad reclamada coincide sustancialmente con lo adeudado, y encontrarse posteriormente con otra reclamación adicional por un efecto devuelto que el consideraba incluido en la liquidación la cual había alcanzado la cifra reclamada no como consecuencia del adeudo del efecto sino por un cálculo abusivo de comisiones e intereses."

127. MOXICA ROMAN,J.- Las pólizas bancarias..cit, pag. 408." Al acompañarse la hoja contable, en la que deberán aparecer con detalle los distintos apuntes y opera-

Éste viene siendo el criterio que se ha impuesto en la jurisprudencia menor a partir de la citada sentencia constitucional¹²⁸. No obstante hemos de destacar que también existen sentencias de nuestros tribunales posteriores a la sentencia del TC que avalan la tesis contraria¹²⁹, considerando que la aportación de dicha "hoja contable" no aparece expresamente exigida por la Ley entre los documentos que deben integrar el título ejecutivo.

Además aparecen también las dificultades derivadas de la aplicación de las normas particulares pactadas en las pólizas en orden a intereses comisiones y valoraciones, fechas y tipos¹³⁰ que en general no resultan muy asequibles y que

ciones que han conducido a la determinación de un saldo deudor, el demandado está en condiciones de comprobar, no sólo las operaciones relativas a los intereses, sino también los distintos cargos y abonos pudiendo, con conocimiento de causa alegar, en su caso, la nulidad o la plus petición, y en éste último supuesto podrá consignar la cantidad que considere que realmente adeuda, con los efectos de que si prospera su oposición evitará la condena en costas."

128. En este sentido. Vid. Sentencia de la AP de Castellón de la Plana de 20 de Junio de 1992, de 16 de diciembre de 1992, de 15 de mayo, 19 de junio y 23 de septiembre de 1993; Sentencia de la AP de Madrid de 17 de abril de 1989, de 12 de septiembre de 1992 y de 25 de Enero de 1994; Sentencia de la AP de Murcia de 20 de septiembre de 1990; Sentencia de la AP de Barcelona de 15 de Junio de 1992; Sentencias de la AP de Valencia de 27 de Marzo y de 24 de diciembre de 1990; Sentencia de la AP de Bilbao de 15 de mayo de 1991; Sentencia de la AP de Badajoz de 30 de Junio de 1992; Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de Marzo de 1990; Sentencias de la AP de Segovia de 31 de diciembre de 1992, 10 de Junio de 1994 y 19 de julio de 1996; SAP de Vizcaya de 8 de septiembre de 1995; SAP de Castellón de 10 de Abril de 1996.

129. Como la SAP de Madrid de 16 de noviembre de 1992; la SAP de Palma de Mallorca, Secc.3ª, de 22 de Enero de 1993; la SAP de Alicante de 21 de septiembre de 1993 o la SAP de Albacete de 7 de febrero de 1994.

130. Es una cláusula usual que recogemos de un contrato normal de apertura de cuenta la siguiente: "(intereses, comisiones y valoraciones) Los saldos acreedores devengaran a favor del/los titular/es el tipo de interés anual nominal y TAE que se especifican en la hoja núm.1 de este contrato, apartado "CONDICIONES DE LIQUIDACION", epígrafe "CONDICIONES ACREEDORAS", teniendo lugar las liquidaciones correspondientes, la primera en la fecha señalada en la casilla "fecha 1ª liquidación", y las siguientes, en la última fecha hábil de cada período establecido

en la casilla "liquidaciones sucesivas".

Las liquidaciones se efectuarán tomando como base de cálculo, bien el saldo existente cada uno de los días del período de liquidación, o bien el saldo medio alcanzado por la cuenta durante dicho período, según que en la casilla "Base de cálculo" se indique "Saldos diarios" o "Saldos medios", respectivamente.

Si el saldo (diario o medio, según corresponda) de la cuenta, no supera el saldo mínimo, se liquidará al tipo indicado en la casilla "tipo mínimo", salvo que en dicha casilla no figure tipo de interés alguno, en cuyo caso se entenderá que dicho saldo se liquidará a un tipo de interés del 0%.

Se entenderá que la Cuenta Corriente o de Ahorro se liquida a un tipo de interés del 0% si en el apartado "CONDICIONES DE LIQUIDACION", epígrafe "CONDICIONES ACREEDORAS", no figura tipo de interés alguno.

Cuando se pacten liquidaciones de intereses a acreedores, el/los tipo/s de interés anual se aplicarán según la indicación que consta en la casilla "Tipo de Liquidación", del apartado "CONDICIONES DE LIQUIDACION", epígrafe "CONDICIONES ACREEDORAS".

TIPO DE LIQUIDACION "FIJO": A todo el saldo (diario o medio, según corresponda) se aplicará el tipo de interés indicado.

TIPO DE LIQUIDACION "ESCALA": La liquidación se efectuará, si se realiza sobre saldos diarios, aplicando a todo el saldo existente cada uno de los días del período de liquidación, el tipo de interés que corresponda a dicho importe, de entre los indicados en los tramos contratados. La liquidación se efectuará, si se realiza sobre saldos medios, aplicando a todo el saldo medio del período de liquidación, el tipo de interés que corresponda a dicho importe, de entre los indicados en los tramos contratados.

TIPO DE LIQUIDACION "TRAMOS": A cada tramo de saldo(diario o medio, según corresponda) se aplicará el tipo de interés correspondiente a ese tramo.

En cualquiera de los tipos de liquidación, el saldo se liquidará apartir del saldo(diario o medio,según corresponda) de franquicia indicado en la casilla "Franquicia" y siempre que supere el saldo(diario o medio, según corresponda) mínimo establecido en la casilla "Saldo mínimo".

El Saldo establecido como franquicia se liquidará al tipo señalado en la casilla "Tipo Franquicia", salvo que en dicha casilla no figure tipo de interés alguno, en cuyo caso se entenderá que dicho saldo se liquida a un tipo de interés del 0%.

La formula de cálculo para la obtención de los intereses en cada período de liquidación, será la siguiente: importe o saldo(diario o medio, según corresponda), multiplicado por el tipo de interés anual nominal que corresponda, multiplicado por los días que corresponda, partido por 36.500, salvo que se trate de un año bisiesto, en cuyo caso quedará partido por 36.600.

En concepto de mantenimiento de la cuenta, se percibirá una comisión, en cada período de liquidación, de las pesetas indicadas en la casilla "Mantenimiento" y en concepto de administración se cobrarán tantas pesetas por apunte como se indiquen en la casilla "Importe por Apunte", quedando exentos en el período de liquidación el número de apuntes indicados en la casilla "Apuntes Libres".

Si la cuenta permanece sin movimiento, distinto del propio de liquidaciones, por

deben también tenerse presentes para llegar a la cantidad exacta y liquida por la que se pide y se despacha ejecución.

F) Sobre las cuentas indistintas

En la práctica se han planteado problemas relacionados con la titularidad múltiple o compartida, que puede ser o no solidaria según las convenciones de cada caso¹³¹, aunque lo normal es que se aplique la titularidad del crédito solidario, estimándose que pertenece por partes iguales a sus cotitulares tal como señala la sentencia del TS de 21 de Noviembre de 1994, aunque a efectos de disposición y exigencia parece clara la doctrina contenida en la sentencia del TS de 28 de mayo de 1990 en la que se señala que:

“La solidaridad no requiere su expresión o constancia expresa, escrito literal, ni por tanto que se exprese ese término, sino que basta que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de poder exigir o prestar íntegramente la cosa objeto de la obligación, que es precisa-

plazo igual o superior a dos años, dejará de devengar intereses acreedores, restringiéndose la información que será adaptada a la nueva situación de la cuenta, registrándose ésta como cuenta inactiva y percibiéndose por el concepto de mantenimiento de cuenta inactiva la comisión indicada en la casilla “Mantenimiento Inactivas”, por semestre natural o fracción.

La fecha de valoración de los cargos y abonos que se efectúen, se especifican en el folleto correspondiente publicado por el Banco y que el/los titular/es recibe/n en este momento juntamente con la Tarifa de Comisiones, Condiciones y Gastos repercutibles a Clientes.”

131. La Sentencia del TS de 19 de octubre de 1988 señala que: “los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre lo depositado, debiendo estarse a lo que resuelvan los Tribunales sobre su propiedad y pueda demostrarse que el objeto del depósito pertenece a uno de los depositantes.” y La de 15 de julio de 1993 del mismo Tribunal, considera que en los casos de titulares plurales no existe necesariamente un condominio sobre el saldo, ya que esto vendrá precisado por las relaciones internas entre los titulares.

mente la voluntad revelada con la constitución de cuenta bancaria que ahora se examina, que, como ha sido reconocido en Sentencia de 19 de Octubre de 1988 (R.7589), posibilita que cada uno de los acreedores de ella solidarios pueda pedir íntegramente la cosa objeto de la obligación establecida con tal carácter, sin perjuicio, claro está, de las deudas que pudieran afectar a los cotitulares entre sí, pero no al deudor de ella..”

También es interesante el supuesto comprendido en la Sentencia del TS de 27 de febrero de 1984 en la que se dispone:

“que el vínculo de solidaridad con que la imposición fue efectuada y aceptada determina la posibilidad de que el imponente, como acreedor que es en la cuenta a plazo fijo convenida con el Banco de Santander, una vez cesada la prohibición de disposición por haberse producido la defunción de la otra imponente a que supeditó, puede exigir la entrega del importe total de dicha cuenta de la entidad bancaria deudora aludida..”

Todo ello tiene una influencia procesal evidente de cara a la legitimación activa y pasiva de manera que la entidad bancaria podrá actuar en principio y si no consta otra cosa y en virtud de dicha solidaridad frente a cualquiera de los titulares sin que esa pluralidad origine un litisconsorcio pasivo necesario.

Las derivaciones de esta cotitularidad en el supuesto de defunción de uno de ellos a llevado a considerar en ocasiones que pertenecen por partes iguales a los titulares sin embargo hemos de partir siempre de la base de las relacio-

nes internas de cada caso y en este sentido es de citar la sentencia de 7 de Junio de 1996 del TS que señala que:

"La tesis de la sentencia recurrida no puede ser aceptada, ya que sostiene que el solo hecho de abrir la cuenta de forma indistinta produce el efecto de atribuir lo depositado por partes indivisas a sus titulares aunque las aportaciones fueran hechas por uno solo de ellos. La doctrina de esta Sala, recogida en la S.6 Feb.1991, niega que ello sea así, que la titularidad indistinta lo único que atribuye a sus titulares frente al banco depositario facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, <<pero no determina, por sí solo, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos(o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutra dicha cuenta."

G) Especial referencia al derecho italiano

La hacemos por su semejanza al español y a la enseñanza que puede proporcionar en nuestro estudio.

El RDL de 12 de Marzo de 1936, convertido en Ley de 7 de Marzo de 1938, en su art.102 con la finalidad de otorgar a los bancos más importantes, de naturaleza publicista o bajo control público la facultad de poder exigir sus créditos con mayor rapidez, en razón de la necesaria liquidez que precisa toda actividad crediticia ordinaria, vino a permitir a los mismos el acudir al procedimiento monitorio, no solo como cualquier empresario, en base a extractos auténticos de las

escrituras contables(art.634 del Codice di Procedura Civile), sino también en base a un documento creado “ad hoc” por la propia banca.

El citado precepto les habilitaba a solicitar el decreto de imposición de pago “ *también en base al extracto del saldo de cuenta, certificado conforme a las escrituras contables por uno de sus dirigentes, el cual deberá del mismo modo declarar que el crédito es verdadero y liquido*”.

Procedimiento monitorio, en el que a la simple vista del documento aportado por el actor se requiere al deudor de pago, dependiendo las actuaciones posteriores, de la existencia o no de oposición.

El extracto de saldo de cuenta es aquel documento en el cual viene indicado el saldo deudor de la cuenta, sin que se haga referencia a la evolución de las operaciones activas o pasivas que lo han determinado, documento, al cual, la norma en su enunciado textual, le atribuía relevancia jurídica en el ámbito del procedimiento de ingiunción siempre que se cumpliesen aquellos dos requisitos extracontables exigidos en garantía de la credibilidad de la declaración unilateral de la banca, esto es, la certificación de conformidad del saldo con el resultado contable y la constatación acerca de la veracidad y liquidez del crédito por parte del funcionario declarante.

Pronto se plantearía el problema en los términos de reconocer o no a dichos extractos valor probatorio, no solo en el procedimiento monitorio, sino también al subsiguiente juicio de oposición y mas en general, en sede contenciosa ordinaria, asumiendo así, por efecto de la disposición, el valor absoluto de prueba del crédito en él enunciado.

Hasta el momento la Suprema Corte no había dado respuesta unívoca, algunas sentencias se habían pronunciado en sentido afirmativo, reconociendo al extracto del saldo de cuenta valor de prueba documental e incluso confundiéndolo con el extracto de cuenta¹³², y en otras, en cambio, se pronunciaba en sentido contrario, negando que el art.102 fuese aplicable a supuestos distintos a aquellos específicamente previstos en la norma, no pudiéndose elevar el rango de prueba a un documento que, por su naturaleza intrínseca, no puede ser asimilado a algunas de las escrituras contables a las cuales la Ley confiere eficacia probatoria aunque procedan del mismo acreedor¹³³.

La doctrina¹³⁴ se manifestaba conforme a la hora de subrayar como la normativa del art. 1.832 del C.C.(que somete al extracto periódico de cuenta a una particular disciplina relativa a la impugnabilidad y al valor probatorio), no puede aplicarse a la simple comunicación del saldo deudor por las graves consecuencias que ello puede acarrear, puesto que en el extracto del saldo, simplemente se deja constancia precisamente de la cantidad resultante de las operaciones liquidatorias pero no aparece en el mismo indicación alguna de las singulares partidas.

132. En este sentido las Sentencias n.1860 de 1967; n. 11948 de 1992; n.6656 de 1987; n.3368 de 1971.

133. Sentencia n.8128 de 1990; n.575 de 1982; n.5729 de 1979.

134. FIORENTINO.- Del conto corrente, in" Commentario al Codice Civile a cura di SCIALOJA E BRANCA", pag.405; TONI.-Natura giuridica dell'approvazione dell'estratto di conto corrente bancario,in "Banca e Borsa", 1956, II,pag.102 y sig.; CABRAS.-Efficacia probatoria dell'estratto dei saldaconti bancari e fallimento del cliente, in "Giur. Comm.", 1979, II; VANONO.-In tema di efficacia probatoria dell'estratto di saldaconto bancario, in" Banca e Borsa" 1990,I; MAIMERI.-Estratti di scritture contabili e saldaconti, art. 102 della legge bancaria, in" Bancaria", 1980; FOGLIA E SPARANO.-Alcuni rilievi sull'art. 102 della legge bancaria, in" Banca e Borsa e Titoli di crédito", 1970, I, pag.173 y sig.

Por tal motivo se manifiestan en el sentido de que nunca, y ni siquiera analógicamente, la disciplina de dicho artículo puede ser aplicada al extracto del saldo de cuenta, y que la decisión del juez de aplicarla, se debe en realidad al equívoco en que ha incurrido la Suprema Corte¹³⁵ al haber equiparado los dos documentos, considerando al extracto del saldo, no como documento que tiene su propio ámbito de autonomía y de eficacia, sino como elemento de un supuesto complejo, precedido del envío de los extractos de cuenta y de la falta de impugnación de los mismos, cuya eficacia de prueba derivaría del derecho sustancial que le ha precedido.

Respecto al encuadre sistemático del art.102 de la Ley Bancaria en las normas del código procesal civil relativas al procedimiento monitorio, un amplio sector doctrinal¹³⁶ se pronunciaba en el sentido de que la normativa del art.102 es autónoma respecto a las normas del código procesal (arts. 633, 634, 635, 636), tratándose por tanto de una norma excepcional, con la consecuencia de que, aun admitiendo el

135. Cass.n.1860 del 20 de julio de 1967; Cass.n. 3638 del 14 de diciembre de 1971; Cass.n.6656 de 1 de agosto de 1987. En estas sentencias la Suprema Corte considera que en las relaciones de cuenta corriente bancaria, el extracto del saldo tiene eficacia probatoria tanto en la confrontación del correntista como en la confrontación del quebrado, no solamente para la concesión del decreto ingiuntivo, sino también para el juicio de oposición y en todo otro procedimiento declarativo, con tal que sea certificado conforme a la escrituración por uno de los dirigentes del instituto, el cual debe a su vez declarar que el crédito es verdadero y líquido. Se trata de una relevante extensión de la normativa del art.102 de la ley bancaria en la que funda la aplicación, al extracto del saldo, de la disciplina de la impugnabilidad y del valor probatorio del extracto de cuenta.

136. MARTORANO.- Il valore probatorio dell'estratto conto e dell'estratto di saldaconto, in "Banca e Borsa e Titoli di crédito", 1982,I, pag.834; DI SABATO.- Sull'efficacia probatoria dei certificati di saldaconto di cui all'art. 102 della legge bancaria, in "Dir. Giur.", 1967, pag.847; GARBAGNATI.- La prova scritta dei procedimenti di ingiunzione,in "Riv.dir. proc." 1966, pag. 374; SCIACCHITANO.- Ingiunzione, in "Enciclopedia del dir.", XXI, Milano 1971, pag.514; STOPPANI.- Certificazioni, in "Enciclopedia del dir.", V, pag.793; CABRAS.-Ob.cit. ,pag.162.

carácter privilegiado de este instrumento probatorio de parte, el mismo agota su eficacia en la fase ingiuncional, encuadrando el procedimiento de ingiuncion, fundado sobre el documento del art. 102 de la ley bancaria, entre los considerados como procedimientos monitorios puros, en los cuales la simple oposición, aunque no motivada del deudor, vale para hacer nula la orden de pago.

Parece ser, que la posición mayoritariamente compartida tanto en doctrina¹³⁷ como en jurisprudencia, es aquella que sostiene que la plena eficacia probatoria del extracto del saldo de cuenta, no se funda exclusivamente sobre tal documento, sino que se han de tener en cuenta además otros elementos probatorios(como por ejemplo la falta de contestación específica, o la presencia contemporánea de extractos de cuenta no impugnados en los plazos señalados).

Merece una particular mención la posición de *MOLLE*¹³⁸ como unico autor que parece asignarle eficacia probatoria de plena prueba al simple certificado en cuestión, incluso en el juicio de oposición al decreto ingiuntivo.

Considera el autor que la imprescindible liquidez bancaria, determina para la Hacienda de crédito, la necesidad de

137. FOGLIA Y SPARANO.-Alcuni rilievi sull'art. 102...cit., pag.161; BRONZINI.-Conto corrente bancario: efficacia del saldaconto, in" Arch. civ.", 1991, pag.589; MAIMERI.- Ob.cit.,pag.95; GARBAGNATI.- Ob.cit., pag. 374; BUSSOLETTI.-Obblighi e modalita di tenuta delle scritture contabili con particolare riferimento alle imprese bancarie, in "Banche e Banchieri", 1980, pag.822; DI SABATO.-Ob.cit., pag.374; NIGRO.-Sull'efficacia probatoria degli estratti di saldaconti bancari, in" Gius.civ.", 1980,I, pag.353; LA VANONI.-In tema di efficacia probatoria dell'estratto di saldaconto bancario, in" Banca e Borsa e Titoli di crédito", 1990,I, pag.220; SANTARSIERE. -Profili en materia di apertura di crédito, regolata in conto corrente e sconto bancario, in" Gius.civ." 1991, I.

138. MOLLE.- La banca nell'ordinamento giuridico italiano, Milano 1991, II, pag.443.

exigir con rapidez el pago de sus créditos y que para ello, la Ley Bancaria ha proporcionado con el art.102, un remedio excepcional para determinados bancos, que queda justificado en razón de la eficiencia de su organización.

Una diversa solución al problema viene propuesta por *DE SIMONE*¹³⁹, reconociendo que la validez como prueba del extracto del saldo de cuenta, incluso en el juicio de Cognición, deriva directamente de la legítima aplicación del pacto contenido en el art.8 de la Norma Bancaria Uniforme según la cual “ los libros y otras escrituras contables de la Hacienda de crédito hacen plena prueba en las confrontaciones del correntista”.

Dicha cláusula al venir específicamente aprobada por el cuenta correntista en el momento del inicio de la relación de cuenta corriente bancaria, implica que el documento del art.102 puede tener valor de prueba, y no solo, para la concesión del decreto ingiuntivo, sino también en cualquier procedimiento declarativo, y ello principalmente por la voluntad de las partes expresada en la cláusula del contrato de cuenta corriente en virtud de la cual los contratantes, libremente y previa expresa aprobación, confieren consensualmente a los documentos de la banca validez de prueba de la determinación del crédito.

Recientemente la Corte Suprema en Sentencia de 18 de Marzo de 1994 y de 18 de Julio de 1994, n.6707, viene a limitar el valor probatorio del extracto del saldo de cuenta al procedimiento monitorio, señalando que en los demás pro-

139. DE SIMONE.- A propósito dell'efficacia probatoria nel giudizio de cognizione del certificato di saldaconto, in " Banca e Borsa", 1991, II, pag.443.

esos solo podrá asumir relevancia como elemento indicia-
rio, cuyo significado probatorio es libremente apreciable por
el juez tan solo en el contexto con otros elementos igual-
mente significativos.

De tal manera que la banca no queda absuelta con la sim-
ple exhibición del extracto del saldo, debiendo proceder a
demostrar los elementos constitutivos del crédito indicado
en dicho extracto, en caso de oposición por parte del cliente,
al cual no se le exige específicas deducciones tendentes a
evidenciar la equivocación de las partidas de las anotaciones.

Además, si se consintiese a la parte que tiene la carga de la
prueba, demostrar el propio asunto a través de una simple
enunciación, la cual, no es una declaración reproductiva de
todos los datos objetivos registrados y verificables, sino que
tiene por objeto el expresar un dato conclusivo deducido a tra-
vés de operaciones de cálculo y compensación, que no dejan a
la contraparte y al juez alguna posibilidad de control, se estaría
contraviniendo lo preceptuado por el art.3 de la Constitución.

La problemática afrontada debe considerarse en buena
medida superada, como consecuencia de la entrada en vigor del
nuevo texto único de la Ley bancaria, aprobado por DL vol. de
1 de septiembre de 1993, n.385. El art. 161 de dicho decreto ha
derogado gran parte del R.D.L. de 12 de marzo de 1936, n.375,
y por consiguiente también el art. 102 en cuestión.

Además el art. 50 del D.L.vol.n. 385/1993 reproduce el
texto del art.102, pero prevé como título para la imposición de
pago, no ya el extracto del saldo de la cuenta, sino precisa-
mente el extracto de cuenta ,estableciendo la misma posibili-
dad de los bancos de solicitar la orden de pago prevista en el

art. 633 del Código Procesal Civil:”.....*incluso en base al extracto de cuenta, certificado conforme a las escrituras contables por uno de los dirigentes de la banca interesada, el cual debe además declarar que el crédito es verdadero y liquido*”.

La finalidad de permitir a la banca el obtener la imposición de pago queda cumplida, atribuyendo a tal fin, valor probatorio al extracto de cuenta también en la fase sumaria, cuya eficacia de prueba sustancial esta regulada en el art.1832 del Código Civil italiano.

En definitiva en el derecho italiano, y por eso hemos aludido a el, se recoge una regulación que consideramos que es mas correcta que la nuestra porque con carácter general, y no solo a las entidades bancarias se reconoce la posibilidad de que los extractos contables llevados legalmente constituyan una “*prueba escrita*” que permita al juez decretar la obligación de pago y el consiguiente apremio, evitándose lo que ocurre en la legislación española y que en este trabajo se pone de manifiesto que créditos similares tengan un tratamiento diferente, sin perjuicio de salvar las diferencias de las respectivas legislaciones en el trato procesal puesto que en la italiana presentada la demanda con la” prueba escrita” puede decretarse la llamada” ejecución provisional” y en ausencia de oposición es cuando se inicia la verdadera ejecución .

H) Sobre la notificación del saldo

La nueva redacción dada por la Ley de 30 de Abril de 1992 al art.1435 de la LEC , incorpora un ultimo párrafo que exige que la entidad acreedora notifique previamente a la demanda de ejecución el importe de la cantidad exigible al

deudor o al fiador, requisito cuyo cumplimiento no puede obviar el acreedor a efectos de la interposición de la demanda ejecutiva¹⁴⁰.

En la redacción anterior se exigía únicamente que se notificase al fiador cuando la acción se dirigiese contra el mismo, por la elemental consideración de que este no tenía ocasión de tener conocimiento del estado de la cuenta y de su saldo negativo sino se realizaba tal notificación, lo cierto es que aquel sistema planteaba una serie de problemas que como señala *CORTES DOMÍNGUEZ*¹⁴¹ no solamente nos han resuelto sino que se han agudizado.

De las cuestiones que su redacción actual plantea en orden a la notificación pueden destacarse las dos siguientes:

140. Ya que como indicaban las Sentencias de la AT de Barcelona, Sala 1ª, de 22 y 30 de diciembre de 1987, "Se trata de un requisito de procedibilidad para iniciar la vía ejecutiva del que no queda relevado el acreedor, a efectos de interposición de la demanda ejecutiva, ni siquiera por pacto expreso en contrario, al tratarse de una norma reguladora del procedimiento substraída a la disponibilidad de las partes".
141. *CORTES DOMÍNGUEZ*.- La reforma en el Juicio Ejecutivo...cit., pag.131. Señala que los problemas se han agudizado porque: "a) Se restringe el campo de aplicación de la norma al referirlo a los casos que se contemplan en el párrafo anterior que, como sabemos, son solo y exclusivamente la de los contratos mercantiles otorgados en Escritura Pública o en Póliza intervenida por entidades de crédito, ahorro o financiación, dejando fuera todos aquellos supuestos en los que es posible que en el título exista un fiador junto a un deudor principal y en los que sea necesario hacer, aunque mínimas, operaciones aritméticas para determinar el saldo deudor. De esta manera nos podemos encontrar con que no es necesario legalmente notificar el saldo deudor a un fiador en un contrato de préstamo entre dos personas,...b) por otra parte se suprime el termino acreditar porque ahora lo que la Ley exige no es "que se acredite que se ha notificado", sino que "se notifique". Pero claro, si la Ley exige que se notifique, y debemos de entender que la notificación es un requisito material del título ejecutivo, puesto que esta recogido como requisito en el art.1435 de la Ley, necesariamente ante la falta de determinación de como ha de ser esa prueba, la interpretación adecuada nos lleva de forma imperiosa a mantener que ahora hay que "probar" cuando antes era suficiente "acreditar"...c) por ultimo se introduce no poca ambigüedad en la norma que se modifica al establecer que "la cantidad exigible(antes hablaba de" saldo") se deberá notificar previamente "al deudor o al fiador".

a) Si la notificación debe de hacerse al deudor o al fiador o a ambos a la vez. Algunos autores¹⁴² entienden que la disyuntiva puede ser un error material pues tendría mas sentido que se utilizase la conjunción copulativa “Y” entre ambos, para indicar que debería notificarse a los dos. Sin embargo me parece que la redacción actual quiere expresar que se notificara al deudor o al fiador según se dirija la ejecución frente uno u otro pues evidentemente si se deja fuera a alguno de ellos y no se va frente a él no cabe hablar de indefensión por la ausencia de notificación del saldo y evidentemente si se fuese frente a los dos o frente a varios que ostentasen esa calidad debería de notificarse a todos ellos¹⁴³.

b) Sobre la forma de hacerse la notificación ha llegado a considerarse que debería de hacerse notarialmente de manera que ni siquiera seria competente el Corredor de Comercio para esta concreta actuación, porque a juicio de *RODRÍGUEZ ADRADOS* debe de hacerse en forma autentica, y esa competencia viene atribuida con carácter general a los Notarios, siendo solo especial la de los Corredores, que no alcanza a este supuesto¹⁴⁴.

142. CORTES DOMÍNGUEZ.- La reforma en el juicio ejecutivo.. cit., pag.132.

143. En este sentido se pronuncia la Secc.4ª de la AP de Malaga en Sentencia de 6 de octubre de 1994:”pese al criterio mantenido con anterioridad, y dado el unánime consenso doctrinal, así como el de la mayoría de los Tribunales, y en aras a la seguridad jurídica, debe cambiar anteriores planteamientos, de forma que de declaramos que la notificación del saldo debe efectuarse al deudor y al fiador, cuando ambos sean demandados.Si la finalidad de la notificación previa, es la de evitar el pleito, lo logico y coherente es que se dé la oportunidad de satisfacer la deuda, a todos aquellos contra los que se dirige el procedimiento ejecutivo.De admitir la tesis contraria,el deudor o el fiador se encontraría ante un proceso, sin conocer con anterioridad, a cuanto asciende la deuda.”

144. RODRÍGUEZ ADRADOS.- La notificación del artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizada por Corredor de Comercio..cit., pag.1036 y sig.

Antes de la reforma de 1992, y ante la ausencia de una exigencia expresa, puesto que ni el art.1435, ni la Jurisprudencia exigían que la notificación debiera de hacerse de forma fehaciente¹⁴⁵, se permitió la notificación incluso privada o por telegrama, y así se reconocía por ejemplo en Sentencia de 27 de febrero de 1989 y de 27 de Octubre de 1992 de la AP de Palma de Mallorca¹⁴⁶, y entendemos que continua el mismo régimen jurídico en orden a esa notificación¹⁴⁷ de manera que el título ejecutivo quedará perfectamente integrado cuando quede constancia de que el deudor o fiador han tenido conocimiento por cualquier medio de la cantidad que se les reclama¹⁴⁸, sin que pueda confundirse con el intento de notificación que en la practica se produce con mucha frecuencia por carta certificada o telegrama frustrado al no haber sido recibido por el interesado, o por haber sido rehusado, y en este sentido el Auto de la AP de Sevilla de 25 de Enero de 1993 viene a discurrir correctamente sobre la notificación en el caso que nos ocupa¹⁴⁹.

145. Vid. SAP de Madrid, Secc.9ª, de 21 de Junio de 1989.

146. Así mismo, Vid. SAT de Valladolid de 11 de Noviembre de 1987, SAT de Barcelona de 22 y 30 de Diciembre de 1987, SAT de Madrid de 21 de Junio de 1989. En las mismas se considera al telegrama con acuse de recibo como medio de notificación hábil.

147. Ver SAP de Navarra de 13 de Marzo de 1996; SAP de Jaen de 14 de Marzo de 1996(que cita a su vez entre otras a la SAP de Cantabria, Secc.2ª de 22 de octubre de 1992 y la SAP de Castellon, Secc.1ª, de 30 de junio de 1994); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de marzo de 1996.

148. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ E ILLESCAS RUS, en.-Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia, dirigida por ALBARCAR LÓPEZ, Edi.Trivium, Madrid 1994, Tomo II, pag.1302. También CORTES DOMÍNGUEZ.- Comentario al art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en" Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil", Madrid 1985, pag. 707. Ver también, SEGOVIA SÁNCHEZ, JOSE LUIS.- La notificación del protesto al avalista cuando se ejercita la acción Cambiaria, en "RGD", núm.474, 1984, pag.391.

149. Señala efectivamente dicha Sentencia que:" En nuestro idioma común "notificar"

Para *MOXICA ROMAN*, la doctrina que se desprende del citado Auto, "vulnera o al menos retrasa, el ejercicio del principio constitucional de Tutela judicial efectiva que consagra el art.24.1 de la CE¹⁵⁰, opinión que no comparto ya que el requisito de la notificación no puede concebirse como una mera formalidad obstaculizante de la acción, sino realmente

significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "hacer saber una resolución de la autoridad con las formalidades preceptuadas para el caso" y, por extensión, "dar extrajudicialmente, con propósito cierto, noticia de una cosa". Una notificación es por tanto, un acto en el que "se hace saber" algo a alguien. El concepto civil de notificación es similar. Y también lo es el procesal; y no podemos olvidar que estamos en presencia de un precepto de la Ley Procesal. La notificación es un acto de comunicación por el que se pone en conocimiento de las partes o de otra persona el contenido de una resolución. Ciertamente, el ordenamiento jurídico, y concretamente el ordenamiento jurídico procesal conoce supuestos en los que no se exige una constancia plena de que el hecho o acto que se notifica ha llegado a conocimiento del destinatario. Razones de eficacia procesal, de buena fe y de seguridad del tráfico jurídico aconsejan y permiten, en estos supuestos, formas supletorias de la comunicación directa, entendiéndose por tal la que se produce mediante la presencia física de la persona a quien se notifica. De este modo, el ordenamiento conoce validez a notificaciones efectuadas por medio del correo certificado, por el telégrafo "o por cualquier otro medio idóneo de comunicación", por entrega de cedula a parientes, familiares, dependientes o vecinos, o incluso, en último extremo, cuando no se conoce el domicilio o la persona que deba ser notificada ha cambiado el que tenía y se ignora el paradero, el acto de comunicación podrá realizarse por medio de edictos....En el presente caso se pretende por el apelante que demos validez, como notificación, al mero envío de un telegrama, devuelto por los servicios postales con las dos indicaciones señaladas...Pues bien, el ordenamiento jurídico no concede eficacia al mero intento de notificación. Ante la comunicación por correo fallida, el párrafo 2º, art.261 de la LEC, exige practicar de nuevo la notificación "en la forma ordinaria".

150. *MOXICA ROMAN, J.- Las pólizas bancarias..cit, pag 560. Razona tal afirmación diciendo que "...no podemos olvidar que, en la práctica, normalmente la deudora suele ser una mercantil y los fiadores sus socios y administradores, por ello, aplicando el criterio de la doctrina que emana de los mencionados Autos, fácilmente nos podremos encontrar en que recibido un telegrama notificando el saldo deudor en la empresa acreditada, de ello tomarán inmediata noticia los fiadores quienes pondrán los medios necesarios para que no les llegue el destinado a ellos, con lo cual evitarán que pueda presentarse la demanda ejecutiva, y darles tiempo para poder poner los bienes a buen recaudo en perjuicio de sus legítimos acreedores, vulnerando con ello, además, el principio de buena fe que se encuentra latente en todo nuestro Ordenamiento Jurídico y que para los contratos mercantiles de forma expresa consagra el art.57 del Código de Comercio."*

como lo que es, o mejor dicho, lo que pretendía ser tras la introducción por la Ley 10/1992 de reforma de Medidas Urgentes de Reforma procesal del párrafo quinto del art.1435 de la LEC, una garantía.

El problema podemos plantearlo una vez más como colisión de dos valores jurídicos, el de la seguridad jurídica que exige que la notificación cumpla con el fin pretendido del conocimiento del interesado, y todo lo que ello significa en orden a la posibilidad de cumplimiento voluntario, y eliminación de gastos de ejecución, y el de eliminar formalismos enervantes de la acción que es evidentemente uno de los postulados fundamentales de la tutela judicial efectiva que inspiran el moderno proceso civil¹⁵¹.

El asunto no presenta en principio una solución sencilla porque no es infrecuente que los morosos se encuentren en domicilio desconocido¹⁵² o simplemente obstaculicen la notificación, lo que ha dado lugar a situaciones prácticamente "sin salida", que la práctica de los tribunales viene a resolver en algunos casos acudiendo a la vía de las presunciones

151. GÓMEZ DE LIAÑO.- El proceso civil..cit., pag.26 y sig.

152. La SAP de Navarra de 13 de marzo de 1996 contempla el caso de la no comunicación a la entidad crediticia del cambio de domicilio señalando al efecto que: "siendo admisible la vía telegráfica para la notificación exigida en el art. 1435 de la LEC, ya que el precepto referido exige la notificación como tal, o sea la realidad de la comunicación del saldo deudor, pero no una forma concreta, siempre lógicamente que la empleada satisfaga la exigencia de la acción notificada y de la constancia y prueba de la veracidad de la misma, cosa que no concurre en el supuesto que nos ocupa ya que el telegrama comunicando la deuda pendiente se remitió por el Banco acreedor y se recibió en el domicilio que designaron los ejecutados en la póliza a tales efectos, sin que el hecho de no haberse recibido por no residir en el domicilio indicado, traslade al ejecutante la carga de averiguar el nuevo domicilio y la responsabilidad de la falta de recepción de la notificación cuando en la póliza se había pactado la comunicación fehaciente del cambio de domicilio a la entidad acreedora."

que permitirían tener por demostrado el conocimiento de quien en circunstancias normales debiera de haberlo adquirido tal es el caso de la Sentencia de la AP de Castellón, Sec.1ª, de 6 de Abril de 1995¹⁵³, señalando que no existe problema cuando la notificación ha sido realizada a un familiar o dependiente del destinatario ya que en tales casos “*ha de considerarse que la efectiva comunicación ha de reputarse cumplida puesto que queda constancia de la recepción*”.

Sin embargo, añade que en el supuesto en que la notificación no se hubiera podido efectuar porque el destinatario se encontraba ausente o por ser desconocido en el domicilio que el mismo designa en la póliza a tales efectos, el problema no resulta tan fácil de resolver, habiendo de distinguir:

-por una lado, aquellos supuestos en los que la ausencia no sea “*definitiva, sino momentánea,*” en cuyo caso si el repartidor de telegramas le dejó aviso (hecho notoriamente habitual) del intento de notificación y de la posibilidad de conocer su contenido pasándose a recogerlo por la oficina de Correos correspondiente o incluso que le sea leído por teléfono, deduce la sala, por vía de las presunciones que la comunicación también ha llegado a su conocimiento, siendo únicamente imputable a su “*desidia*” o “*falta de diligencia*”, el no haber conocido su contenido, pues ha tenido la posibilidad y si no lo ha hecho es porque no ha querido.

153. Así mismo la SAP de Barcelona, Secc.15ª, de 15 de Junio de 1992, señala que “resultaría útil, para evitar la consecuencias negativas que pudieran resultar de la aplicación estricta de la generalmente admitida “teoría de la cognición,” completar sus principios, primero, con las presunciones judiciales, que permiten tener por demostrado el conocimiento de quien recibió la declaración en circunstancias tales que lo normal es que conociera su contenido, y, segundo, con la regla de la auto-responsabilidad, que permite entender como equivalente a conocer impedir el conocimiento o la recepción de la que presumirlo.”

-Es cierto que el problema se complica cuando el telegrama es devuelto por ser desconocido el destinatario en el domicilio designado en la póliza o éste se hubiese ausentado sin designar ningún otro o dejar señas. En tales supuestos, considera la Sala que es preciso analizar las circunstancias de cada caso para llegar a la conclusión de si se ha cumplido o no el requisito del art. 1435¹⁵⁴.

Realmente el esfuerzo que realiza esta resolución es en cierto modo encomiable, porque viene a cumplir con su obligación de decir lo que considera derecho para ese caso concreto, y posiblemente para ese supuesto la solución fuese acertada.

Sin embargo consideramos muy peligrosa la generalización de esa postura porque en principio, la doctrina de la notificación¹⁵⁵ se justifica por el pleno conocimiento que el

154. Así en su F.j. 5º señala que: "Haciendo aplicación de la anterior doctrina al presente caso, en modo alguno puede prosperar la tesis del recurrente de que no se le hizo la notificación en cuestión, y, por ende, tampoco el motivo de nulidad del juicio alegado al amparo del art.1467.2 LEC, pues se despachó ejecución contra la mercantil Hijos de F.A., S.A., de la que era representante legal el apelante, y contra éste y su Madre, como fiadores solidarios de aquella, y para notificarles el saldo deudor del préstamo personal de 30.000.000 ptas que le concedió a dicha mercantil la Caja de Ahorros V., prestamista y ejecutante, les remitió en fechas 31 Ago., 23 Oct. y 25 Nov. 1992 sendos telegramas con acuse de recibo a los tres, a los domicilios designados en la póliza, el segundo de los cuales fue recibido por la madre del apelante, pues consta en el acuse de recibo y en la certificación aportada de Telégrafos..., y el primero, de fecha de 31 de Ago. 1992 dirigido al apelante, encaja en el supuesto contemplado en el anterior razonamiento jurídico, de ausencia del destinatario de su domicilio...y estos dos telegramas son suficientes para estimar hecha la notificación, porque si el domicilio fijado en la póliza por el recurrente fue c/ Enmedio, y al mismo se remitió el telegrama, si se le dejó aviso y no pasó a recogerlo, le resulta de aplicación la doctrina antes citada de que al ser imputable a su desidia o falta de diligencia su falta de recepción del telegrama, debe entenderse hecha al mismo, la notificación, pues concluir que no se le hizo sería tanto como <<cuasi imposibilitar>> el despacho de ejecución y primar su resistencia o renuncia a recibirlo sería contrario a la finalidad de la notificación, que no es sino posibilitar el cumplimiento de sus obligaciones al fiador."

155. Ver LÓPEZ MERINO, Francisco.- La notificación en el Ordenamiento Jurídico Español, Granada 1987, pag 16.

interesado tiene que recibir, ocupándose la ley procesal de las correspondientes garantías, lo cual no se compatibiliza muy bien con la teoría de las presunciones.

Y en aquella colisión de valores que apuntábamos parece necesario inclinarse por la seguridad jurídica general en contra de una tutela jurídica particular de un caso concreto. Hemos podido comprobar en estos campos como las concesiones llevan a prácticas viciosas como las que estamos contemplando en materia de notificaciones administrativas, en las que por vía de la generalización se acude al sencillo expediente del desconocimiento y así hemos podido conocer de la experpentica situación de aquel Ayuntamiento capitalino, que desconocía el domicilio del propio Alcalde y le incluía en las masivas notificaciones por edictos.

Me parece que la situación correcta podría venir por la necesidad de que en el supuesto, de personas de difícil comunicación, quedase constancia notarialmente en una segunda búsqueda de que se ha intentado.

I) Sobre la integración del título ejecutivo

El título ejecutivo en este caso esta constituido por la póliza original¹⁵⁶ que recoge un contrato bancario, firmada

156. La sentencia de 12 de diciembre de 1985 de la Audiencia Territorial de Bilbao manifiesta en estos términos que: "A tenor de lo dispuesto en el art. 1429.6 LEC, solo tendrán aparejada ejecución las pólizas de contratos mercantiles cuando se presenten originales con los requisitos legales y se acompañe a ellas la certificación exigida por la ley; no siendo originales o aportándose sin la documentación integradora del título, carecen de eficacia ejecutiva, quedando comprendidas en el supuesto contemplado por el art. 1440.3 de la LEC., en relación con el art. 1467.2 de la misma, que, si bien impone al juez la denegación de la ejecución instada con tales deficiencias, "inaudita parte debitoris", autoriza también a este y al Tribunal de apelación en su caso, para declarar, incluso de oficio, en la sentencia que haya

por las partes y por el Corredor de Comercio que lo inter venga¹⁵⁷, acompañada de una certificación de este último, acreditando la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de estos y además la certificación del Corredor de Comercio de conformidad del saldo que acredite tres extremos:

1º)- Que la liquidación se ha realizado en la forma pactada por las partes¹⁵⁸.

2º)- Que el saldo es coincidente con el que arroja la cuenta de crédito del deudor.

3º)- Que se ha notificado al ejecutado o ejecutados el importe de la cantidad exigible.

Se trata de un título complejo compuesto de varios documentos, aunque el básico es la póliza original (art.1.429), que debe de completarse e integrarse con la certificación del art.1429 como complemento que acredita su autenticidad y además por la certificación del 1435 por exigencias de la liquidez.

de poner fin al procedimiento en primera o segunda instancia, la nulidad del juicio ejecutivo indebida o irregularmente sustanciado en su virtud y consecuencia."

157. Notese que el punto 6 del 1429 habla de póliza "original" cuando se refiere a las actuaciones del Corredor de Comercio, mientras que en el punto 1º de dicho art. se refiere a las copias de escrituras públicas, que son las autorizadas por Notario, porque en este caso el original siempre queda incorporado a un protocolo del que se expiden copias, mientras que los corredores, carecen de protocolo y por eso su intervención se acredita con las pólizas originales.

158. Para BONARDELL LENZANO- La determinación de la liquidez de la deuda reclamable en los procedimientos ejecutivos derivados de contratos bancarios...cit.pag.135 y sig. Respecto a lo que debe entenderse por la expresión "<<.forma pactada por las partes.>> manifiesta que" en el caso de que el acreditamiento deba referirse a la aplicación de los contenidos materiales del pacto y no a determinación unilateral de la cantidad por la Entidad financiera, se deberían especificar los extremos sobre los que ha de versar el examen del fedatario."

Lo cierto es que tanto la póliza como las certificaciones son requisitos necesarios para integrar el título ejecutivo y en este sentido se manifiesta la ya citada Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 12 de diciembre de 1985¹⁵⁹, de manera que la ausencia de alguno de ellos una vez presentada la demanda ejecutiva, acarrea como consecuencia la falta de fuerza ejecutiva que no puede ser subsanada con posterioridad en el mismo procedimiento y que por tanto ha de dar lugar a la denegación del despacho¹⁶⁰.

En el supuesto de que por error, se hubiese despachado ejecución, en la resolución definitiva deberá declararse la nulidad del juicio. Todos ellos proporcionan una base documental que la ley considera suficiente para otorgarles "*prima facie*" apariencia de derecho que justifica la apertura directa de la ejecución, siguiendo la tradición de los llamados documentos "*guarentigios*"¹⁶¹.

Es preciso recordar de nuevo, que cuando la ley reconoce la posibilidad de abrir una ejecución sobre la base de documentos o títulos extrajurisdiccionales, lo es porque, en sí mismos, aparece un crédito reconocido o garantizado por la intervención de un fedatario¹⁶², como sería el caso de la escritura pública que recoge un préstamo, o cualquier otra operación crediticia.

159. "A tenor de lo dispuesto en el art.1429.6 de la LEC; sólo tendrán aparejada ejecución las pólizas de contratos mercantiles cuando se presenten originales y se acompañen a ellas la certificación exigida por la ley; no siendo originales o aportándose sin la documentación integradora del título, carece de eficacia ejecutiva."

160. Así se pone de manifiesto en Sentencia de 16 de Noviembre de 1983 de la Audiencia Territorial de Madrid; en Sentencia de 16 de Abril de 1986 y de 12 de Mayo de 1988 de la Audiencia Territorial de Valencia; en Sentencia de 20 de Septiembre de 1990 de la Audiencia Provincial de Murcia.

161. Vid. PRIETO CASTRO-. Tratado de Derecho Procesal Civil..cit., pag.92.

162. GOMEZ DE LIAÑO, F.- El Proceso Civil.cit.,pag.278.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el fedatario, no ha intervenido en el desarrollo de la cuenta corriente de crédito, que es manejada unilateralmente por una de las partes, y de ahí que su intervención autenticadora del importe, sea problemática,¹⁶³ y que se hable de privilegio a favor de las entidades bancarias¹⁶⁴ puesto que el régimen jurídico de estos títulos y de la ejecución que sobre su base se permite, es una consecuencia de una evolución histórica a la que antes se hizo referencia, en la que llegó a consagrarse la bondad del pacto de liquidación con lo cual el fundamento del privilegio de la ejecución deriva, mas que de la fehaciencia que pueda significar la intervención de fedatario, de la voluntad legitimadora de las partes conformada en la póliza original y en la aceptación por el deudor y reconocimiento por el mismo de que la cantidad exigible es la especificada en la certificación expedida por la entidad acreedora, con lo cual la intervención del Corredor se limita de manera formularia a indicar que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes.

Para algunas resoluciones judiciales como la SAP de Valencia de 26.3.90., Secc.6ª, considera que la intervención de esta tercera persona, al tener que comprobar la bondad de la liquidación seguida, conforma y justifica la ejecutividad,

163. Vid. IBAÑEZ GARCIA VELASCO.- Sobre el procedimiento de creación de títulos ejecutivos, en "RDP", 1967, tomo I, pag.1972.

164. FERNANDEZ LOPEZ e ILLESCAS.- Ley de Enjuiciamiento Civil..cit., pag.1255. Dice: "Nos estamos refiriendo, claro esta, al "privilegio" que el penúltimo párrafo del art.1435 establece en favor de la liquidación, a efectos de ejecución, de los contratos mercantiles otorgado por las entidades de crédito, ahorro y financiación, en la forma que vino a establecer la Ley 34/1984 y que a pesar de la polémica, tanto doctrinal como judicial, a la hora de su interpretación, la Ley 10/1992 no ha aclarado, lo que hubiese sido de desear, sobre todo a partir de la STC de 10 de Febrero de 1992".

ya que de otra forma se daría tal fuerza exclusivamente a un acto unilateral de la entidad crediticia, olvidando esta resolución que esa actuación unilateral deriva del convenio y autorización del deudor a efectuarlo.

Lo único que podría ocurrir o darse es una extralimitación cuantitativa o un exceso en la determinación del saldo. Si bien frente a ello queda siempre la posibilidad de impugnar el saldo bien a través de la plus petición o bien a través de la nulidad del título por no ajustarse la diligencia extendida por el Corredor de Comercio a lo prevenido en el art. 1435¹⁶⁵.

165. La SAP de Madrid, S. 10ª, de 5.11.1990, decretó la nulidad del juicio por no ser exigible ni liquida la cantidad por la que se despachó la ejecución en base a que en la cláusula 10 de la póliza se establecía que para procederse judicialmente se acompañarían los documentos que representen la deuda y si la obligación estuviese representada por saldos deudores de cuenta, la certificación librada por el Corredor sería justificación bastante para estimar liquida la cantidad. La forma en la que en ese caso se determinó la liquidez, determinó la resolución antes indicada.

Así mismo la AP de cuenca en Sentencia de 5 de mayo de 1997 declaró la procedencia de la nulidad del juicio por no tener el título fuerza ejecutiva ante la falta de liquidez de la cantidad exigible derivada de la apreciación de <<clamorosos errores>> de los dos corredores de comercio que intervinieron en el ejercicio de sus funciones. Errores ya denunciados en la instancia y que el juez <<a quo>> no estimó suficientes para decretar la nulidad del juicio, y que fueron reproducidos en la alzada por los ejecutados. Se detectó por un lado que el corredor que expidió el documento fehaciente acreditativo de que la liquidación se había realizado en la forma pactada y que el saldo coincidía con el que aparecía en la cuenta abierta al deudor, distinto al Corredor que intervino la póliza, dio fe de la bondad de la liquidación, en una fecha distinta a la que en realidad se había practicado dicha liquidación y además en las hojas de extracto de la cuenta que acompañaban a la contestación a la oposición, se detectó que la última certificación de cierre de la cuenta de crédito, fue expedida en una fecha y pese a ello se hace constar en la misma hoja diligencia del Corredor de Comercio acreditativa de haber sido revisado el documento contable a los efectos del 1435 de la LEC tres meses antes a dicho cierre. Considera la Sala que "el documento fehaciente debe transmitir una sensación de credibilidad que aleja toda sospecha de que la actuación de la entidad acreedora, en su función liquidadora, no ha sido controlada."

Me parece que la SAP de Murcia, Secc. 3ª, de 20.3.90 se acerca al planteamiento que consideramos mas ortodoxo de la cuestión cuando afirma que:

“Ciertamente que la liquidación de los efectos impagados se practico de forma unilateral por la entidad bancaria, sin embargo dicha posibilidad, contemplada en el párrafo quinto de la póliza de garantía y de afianzamiento de operaciones mercantiles de fecha 15 de Abril de 1953, fue aceptada por las partes ejecutadas al estampar sus firmas; por tanto, la liquidación se practicó conforme a lo convenido en la póliza, con fundamento en el principio de libertad de pactos, previsto en el artículo 1255 del Código Civil, y de acuerdo con la previsión del art.1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; así pues, no puede tacharse de ineficaz e inexistente a dicha liquidación basándose en los derechos reconocidos en la Ley 26/84 de 19 de julio , General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, ni menos catalogarse de inconstitucionales los artículos citados, pues es significativo que el articulo 1435 LEC (en el particular de la liquidación coincidente con la orden de 21 de abril de 1950) fue redactado con posterioridad a la Constitución, según la Ley 34/1984 de 6 de agosto.”

Se fija pues en que existe un soporte convencional al aceptar las partes la forma de liquidación. Cuestión diferente es si esa aceptación al formar parte de un contrato de adhesión viene mas o menos forzada o impuesta por la posición prevalente de una de las partes. Pero debe de centrarse y basarse su fuerza ejecutiva en aquel consentimiento o pacto de liquidación, pues en definitiva la intervención del fedatario va referida precisamente y en primer lugar a acre-

ditar que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo que es sin duda la póliza.

Este planteamiento creemos que es necesario para poder resolver algunos de los problemas o cuestiones que se plantean a propósito del carácter ejecutivo de las pólizas¹⁶⁶.

J) Sobre la impugnabilidad de la liquidación

El despacho de ejecución que el juez realiza a la vista de la documentación presentada por la entidad representante en juicio ejecutivo es, por propia definición del sistema, susceptible de oposición en los términos de los arts. 1461 y sig. de la LEC de manera que los eventuales pactos que consten en la póliza sobre la inimpugnabilidad de la liquidación deben de ser considerados como no puestos.

La SAP de Barcelona, Secc.4ª, de 31 de octubre de 1990 contempla el supuesto de una cláusula en la cual se decía que: "*la liquidación practicada no podrá ser en modo alguna impugnada por el prestatario sin perjuicio de poderlo hacerlo en la vía ordinaria después de terminado el proceso de ejecución*" y discurre dicha sentencia sobre la jurisprudencia del TS en orden a los efectos constitutivos del reco-

166. MARTÍNEZ PARDO. El carácter ejecutivo de las pólizas intervenidas por agente mediador Colegial.cit., pag.5670. Considera este autor que el núm.6 del art 1429 debería ser redactado de la siguiente manera: "...tendrán aparejada ejecución...6º. las pólizas firmadas por los interesados y autorizadas por agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado que las intervengan, siempre que se acredite que han sido registradas en forma reglamentaria en el libro registro de estos fedatarios, mediante diligencia que los mismos pongan en la póliza o por certificación que expidan en la que así lo hagan constar". No comparto tal opinión porque el registro de la póliza nada quita ni pone a lo que realmente interesa que es la apariencia de buen derecho para que pueda despacharse la ejecución.

nocimiento del saldo deudor pues quien declara querer pasar por la existencia de ese saldo considera la deuda como existente para quien la reconoce creándose una apariencia deudora por la libre voluntad del deudor, originando un pacto valido conformen a los arts. 1255, 1228 y 1229 del Código Civil.

Sin embargo dicha doctrina presenta no solamente el obstáculo del art. 1256, por dejar el montante al arbitrio de una sola de las partes contratantes sino también la orientación general de toda la legislación en materia de consumo porque es evidente que el cliente bancario puede encontrarse en situación de inferioridad en el momento de suscribir la póliza y en todo caso el pacto que nos acabamos de referir es contrario a la propia naturaleza del juicio ejecutivo en el que se ejercita y a lo dispuesto en los arts. 1464, 1466, 1467 de la LEC porque el derecho que el ejecutado tiene a formular oposición es un derecho de carácter procesal, de orden publico e irrenunciable y en consecuencia todo pacto que vaya en contra de estas posibilidades carece de valor.

El titulo representa un principio de buen derecho que justifica la ejecución inicial debiendo quedar abierta la posibilidad de oposición en los términos de los artículos citados de la LEC pudiendo oponerse todos los motivos o excepciones del art.1464, y las causas de nulidad del art.1467, y por supuesto la pluspeticion¹⁶⁷ del 1.466, que tiene un amplio campo de aplicación en los supuestos de pólizas bancarias, por todo cuanto venimos indicando en materia de liqui-

167. La sentencia de la AT de Pamplona de 15 de septiembre de 1988; SAP de Valencia, Secc. 8ª, de 23 de marzo de 1991 y la SAP de Sevilla, Secc.6ª, de 8 de octubre de 1990, así lo reconocen.

dez, que es precisamente uno de los puntos mas débiles de su planteamiento como titulo ejecutivo.

Es mas, existen unos motivos de oposición que son de carácter genérico y oponibles en todos los procesos, por afectar a presupuestos de carácter procesal como por ejemplo:

1.-Defectos de postulación, referidos a la preceptiva intervención de abogado, colegiado en el territorio del juzgado.

2.-Cosa juzgada.

3.-litispendencia.

4.-Fraude de ley y abuso de derecho. (Art.II LOPJ).

5.-Defecto legal en el modo de proponer la demanda, cuando afecta a temas definitivos como la claridad y precisión, o determinación de las partes.

En algunos casos se ha llegado a plantear la excepción de usura al amparo de la Ley de Azcarate de 1908, que esta vigente. Lo que ocurre es que las circunstancias sociales y financieras han cambiado tanto que la misma es inaplicable¹⁶⁸. No obstante mas adelante volveremos sobre esta cuestión.

168. La SAT de Santa Cruz de Tenerife de 16.4.1988 señala: "Se plantea con ello el problema de si es factible por vía de excepción declarar la naturaleza usuraria de un préstamo, con la consecuencia de la devolución o conceptualización como cantidad entregada a cuenta de los intereses usurarios, y la solución ha de ser negativa, ya que, en aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, sobre usura, es preciso obtener la nulidad del préstamo por vía de acción en el correspondiente juicio declarativo ordinario- art.12- con el fin de que el prestatario solamente este obligado a entregar la suma recibida, sin intereses, o, en su caso computar estos a cuenta del total de lo percibido-art.3. Así pues, y sin perjuicio de que la mencionada acción se ejercite por los recurrentes, y de los posibles efectos que la sentencia obtenida pueda tener sobre la ejecución de la recaída en los presentes autos -art.13 de la citada ley- el recurso debe ser estimado."

K) Consideración especial del “leasing”

Se trata de un contrato complejo en el que aparecen aspectos del arrendamiento, préstamo y compraventa¹⁶⁹, que en muchas ocasiones tiene naturaleza bancaria y con cabida en el 1435, porque se han otorgado por Entidades de Crédito Ahorro y Financiación, y sus especificaciones pueden efectivamente originar un crédito con ejecución abierta por el saldo que resulte en los supuestos de incumplimiento.

Antes de la reforma de 1984 de la LEC, estaban excluidas las pólizas suscritas en este tipo de contratación, precisamente por los problemas de liquidez. En el momento presente, la presencia de un pacto liquidatorio puede originar la existencia de una situación de cuenta corriente propia de situaciones crediticias que permitirían solucionar la determinación del montante de la deuda.

La AP de Gran Canaria en sentencia de 16 de septiembre de 1994 considera que las pólizas de leasing que no incorporen en su clausulado el pacto de liquidez son ilíquidas, no equiparables en absoluto al contrato de préstamo y aunque reconoce que el leasing pueda cumplir en el tráfico económico, funciones de financiación, considera que tal hecho no altera su naturaleza ni su causa.

Añade que *“tampoco esa mera coincidencia de determinación de la forma de efectuar el pago, comporta por si solo*

169. Ver. VIDAL BLANCO, C.- El leasing. Una innovación en la técnica de la financiación. Madrid 1977, pág 49 y sig.; SEGURADO LLORENTE, J.L.- Todo sobre el leasing. Editorial de Vecchi, Barcelona 1987, pág 16 y sig.; ORIOL AMAT.-El leasing. Modalidades, funcionamiento y comparación con otras opciones. Ediciones Deusto S.A., Bilbao 1989, pág 23. SÁNCHEZ CALERO, F.- Instituciones de Derecho Mercantil. Madrid 1985, pág 427.

(ni siquiera en el prestamo), la concreción en cada momento, a lo largo de la vida del contrato, del importe de la cantidad adeudada.. “ y a falta de datos objetivos concretos, facilmente comprobables a simple vista, considera no probado el importe concreto de la deuda.

Sin embargo suele ser más frecuente entre nuestra jurisprudencia la consideración de que los contratos de leasing son por esencia “liquidos”. En este sentido es de mención la Sentencia de la AP de Toledo de 9 de enero de 1996¹⁷⁰ en la cual se señala que *“dada la naturaleza del contrato de leasing, puede conocerse cual es la deuda pues depende de los impagos sobrevenidos y no tiene porque reputarse ilíquida a los efectos del art.1467 porque puede conocerse la deuda por una sencilla operación aritmética de restar al precio global las cuotas satisfechas pagadas, por lo que incluso en estos supuestos aparece eliminada para el acreedor la carga del acreditamiento de la liquidez formal”*¹⁷¹.

170. Similar doctrina se desprende de la Sentencia de 2 de junio de 1995 de la AP de Barcelona :“...nos hallamos ante un contrato de arrendamiento financiero en que no se precisa de liquidación alguna para conocer el débito en cada momento dado que las cuotas a pagar están perfectamente especificadas y detalladas...en el contrato debidamente firmado por las partes contratantes.” Así como de la Sentencia de la Secc.2ª de la AP de Tarragona de 13 de diciembre de 1993:“contratos en los que por su naturaleza la cantidad debida es líquida y resulta de la propia póliza, sin precisar ulterior liquidación, tal y como ocurre en el presente caso, en que el precio del arriendo se establece con toda claridad en el documento, siendo la cifra reclamada fruto de deducir del mismo rentas efectivamente pagadas, sumando a aquellas el valor residual;o lo que es igual, de sumar a las cuotas insatisfechas(de cuantía y vencimiento prefijados en el contrato e incluso detallados en el anexo al mismo)el importe de la opción de compra.”

171. Abunda esta Sentencia en la aplicación del leasing a esta materia señalando que “en las pólizas que sirven de título a esta ejecución, no figura respecto de la actora una especial carga de acreditamiento de la liquidez formal, al no constar en sus cláusulas el pacto de liquidación a que se refiere el art.1435 de la Ley Procesal Civil, por lo que y de acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, dada la uniformidad de las

No obstante hemos de tener en cuenta como indica la SAP de Pontevedra 12 de abril 1996, que cuando la póliza incorpora una cláusula penal, ante la posibilidad prevista legalmente (art. 1154 CC) de que el juzgador pueda moderar la pena cuando la obligación principal hubiese sido cumplida en parte o de modo irregular por el deudor, el título en estos casos no recoge una deuda líquida, sino que su determinación final va a depender, no ya de simples operaciones aritméticas o de la posibilidad de liquidación unilateral por parte del acreedor, si la póliza incorpora en su clausulado el pacto de liquidez, sino de la valoración posterior por parte del juez en base a criterios equitativos sobre la operatividad o no de la moderación de los efectos de la cláusula.

En estos casos el título no cumple con el requisito del art. 1435 a efectos del despacho de ejecución porque no existe todavía cantidad cierta y determinada en el momento mismo de presentar la demandada ejecutiva¹⁷², sin que se

cuotas de leasing pactadas, perfectamente detalladas, respecto a su especificada cuantía y fechas de abono que conlleva al correlativo conocimiento por el obligado, en cada momento, de la liquidez de su deuda, es por lo que al resolver la actora el contrato por falta de pago de las cuotas conforme a la cláusula de las condiciones generales establecidas en la póliza, se han de reputar líquidas las cantidades reclamadas”.

172. Al respecto se señala en la sentencia “que todo contrato que incorpore una cláusula penal contiene un factor por mínimo que sea, de incertidumbre en la determinación final del importe a satisfacer que no está sometido a reglas mensurables de decisión y resolución previstas y reflejadas en el propio contrato (y por tanto controlables al momento del despacho de ejecución), sino sometidas a una valoración posterior y circunstancial y con criterio ponderativo que la ley defiere a pautas de equidad. Con ello dicho está que una póliza que alista entre sus pactos una cláusula penal, por su propia naturaleza susceptible de aplicación ponderada en casos de incumplimiento parcial o irregular, es por su propia concepción un título que lleva en sí mismo el germen de la iliquidez de la obligación que en el mismo se estipula, ya que estará constituyendo una relación obligatoria cuya determinación final, esto es la certeza de la deuda, no surge del mismo título, sino que esta sometida a una ulterior definición, consecuente a una confrontación procesal que proporcione

pueda, por otro lado, plantearse a aquella moderación como hipótesis de pluspetición¹⁷³.

La Sección 2ª de la AP de Tarragona, en Sentencia de 13 de Diciembre de 1993, ante el planteamiento de los ejecutados de que la cláusula penal inserta en la póliza de Leasing relativa a la posibilidad de exigir el valor residual y la totalidad de las rentas que incluyen intereses podría ser abusiva, se pronuncia en el sentido de no considerar procedente para su impugnación el juicio ejecutivo sino el declarativo correspondiente, negando también la posibilidad de que puedan moderarse cláusulas penales en sede ejecutiva, y añade "*No pudiendo sostenerse tampoco que por el hecho de que en un declarativo si pudiera solicitarse tal moderación, la cual además es potestativa para el Juzgador, deban de perder fuerza ejecutiva los contratos mercantiles que reúnan los requisitos legalmente establecidos aunque contengan cláusulas penales o resolutorias de cualquier índole libremente aceptadas por los contratantes al constituir la obligación.*"

No comparto la opinión de esta Sentencia porque en primer lugar carece de fundamento legal y por otro lado supondría la posibilidad de aplicarse en una vía jurisdiccional cláusulas abusivas con todo tipo de repercusiones injustas como por ejemplo las costas.

al juzgador los elementos necesarios para decidir si opera o no la moderación de los efectos de la cláusula, y por ende, cual sea, a la postre, la cuantía definitiva."

173. "porque esta excepción presupone una deuda líquida por encima de la cual se entabla, indebidamente la reclamación del acreedor ejecutante, que no es obviamente la situación que aquí se comenta."

L) La naturaleza del juicio ejecutivo y su repercusión en la prueba

Debe rechazarse la opinión de que los temas sobre la naturaleza jurídica son puramente académicos ya que tienen importantes consecuencias de índole práctica como lo es en el caso que nos ocupa en materia de prueba.

Cuando una determinada documentación es reconocida como título acto para despacharse la ejecución estamos ante un documento que goza de la garantía legal de buen derecho y en consecuencia goza de los privilegios correspondientes. El hecho de que frente a determinados títulos extrajurisdiccionales, que no tienen la fuerza de una sentencia se permita la eventualidad de una oposición no quiere decir que lo que consta en el título sea una prueba provisional o un principio de prueba, y el mejor argumento de ello es, que sino hay oposición, es definitiva en si misma y tiene valor suficiente para originar la ejecución, resultando incuestionable que si ello es así tiene un valor intrínseco en si misma y por eso surte los efectos a los que antes hacia referencia.

Por estas razones no puede compartirse aquella doctrina que considera que la liquidación bancaria no es prueba definitiva sino una “*semplena probatio*”¹⁷⁴ que solo trata de pro-

174. La SAP de Barcelona, S.3ª, de 13.6.1990. señala: “ Sin embargo y por lo que el caso de autos se refiere, de” *lege data*”, debe entenderse suficiente la aportada por las siguientes razones: 1º Aunque la reforma se estime tendente a favorecer la posición jurídica del deudor, es lo cierto, por un lado, que no pueden identificarse, desde el punto de vista legal y jurisprudencial, los términos “acreditar” y “probar”, en tanto que el primero, utilizado por la norma, equivale, según se reconoce, atendiendo el fin de la prueba, a “*semplena probatio*” que, por definición, únicamente trata de producir cierta certidumbre o probabilidad, a la cual se refiere la Ley de Enjuiciamiento civil cuando habla de “acreditar”, “justificar” o de “principio de prueba”, que se entiende cumplido del modo en que el fedatario lo ha efectuado, lo

ducir cierta probabilidad porque si así fuera quedarían extendidas y muy abiertas las posibilidades de ejecuciones injustas que por principio debían de ser rechazadas.

La entidad ejecutante a través del título acredita, prueba, demuestra o como queramos llamarlo:

- a) Que la póliza existe y que fue intervenida por Corredor.
- b) Que se ha practicado la liquidación en la forma pactada por las partes.
- c) Que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta por el deudor.

Todos estos extremos se integran en el título, y precisamente por ello tiene la fuerza suficiente de originar un embargo "*inaudita parte*" y seguir la ejecución adelante sin mas requisitos cuando no hay oposición.

Si esta se formula, es el deudor el que tiene que destruir aquella situación, no porque sea provisional, sino porque se le da esa oportunidad eventual, a tenor de la mecánica procesal del medio utilizado, y al efecto tendría que atacar:

que no empece ni obstaculiza que el deudor, reconocida la fehaciencia o autenticidad de la certificación acompañada, pueda oponerse a la liquidez de la obligación por no haberse llevado a cabo según las reglas del propio título u oponer pluspetición cuando la cantidad no sea la debida. 2º El art. 1435 no exige que se establezca la cuantía de la deuda de manera apodictica o sin contradicción. 3º El fedatario cumple con comprobar el saldo final de la deuda, así como que su determinación ha sido efectuada según lo pactado, en tanto que no exigiéndosele la práctica de una auditoría total o plena, debe certificar y dar fe de la coincidencia entre la cifra y el saldo deudor, mas no de su contenido. 4º Es uso de comercio generalmente observado el de que las entidades de crédito comunican periódicamente a sus clientes los extractos de sus cuentas, no solo para conocimiento, que puede obtenerse directamente acudiendo a las sedes bancarias respectivas, sino también para que puedan hacerse las observaciones oportunas en torno a los conceptos(abonos y adeudos) que en ellas se insertan."

- a) la autenticidad de la póliza.
- b) la bondad de la liquidación.
- c) la coincidencia del saldo, revisando todos los apuntes de la cuenta.

Pero esta prueba, es la misma que podríamos deducir frente a una escritura pública de compraventa, y por eso no decimos que esta sea una prueba semiplena o principio de prueba.

Y esa confusión viene precisamente dada por la comprensión de la naturaleza jurídica del propio título ejecutivo y de la razón de su eficacia, que en *CARNELUTTI*, se encuentra en la vinculación al derecho material, que el título refleja, de manera que éste es una prueba legal del derecho que contiene¹⁷⁵. En éste sentido viene a tratar de demostrar que el derecho que incorpora es exigible en sus formas externas, y en apariencia, pues cualquier título incluso el más riguroso, como la sentencia judicial, solo lo es en esa apariencia externa, y al exigirse en vía ejecutiva puede fracasar, por cumplimiento previo total o parcial, o por cualquier otra circunstancia.

El aspecto probatorio en los títulos ejecutivos y sobre todo en los extrajudiciales, cede ante la idea de que es la ley la que da fuerza especial a la declaración que contiene, permitiendo eliminar la controversia jurídica que pudiera existir, y en consecuencia la cognición previa, para actuar de forma inmediata la pretensión, incluso con independencia del derecho material, y por eso si en algunos casos el título

175. *CARNELUTTI*.- Título ejecutivo, en "Riv.Dir.proc.civ.", 1935, pag.313.

no es portador del mandato siempre lo es por voluntad de la Ley, y se impone de manera vinculante al obligado, tal y como pusiere de manifiesto *LIEBMAN*¹⁷⁶.

4º.- CRÉDITO INCLUIDO EN PAGARÉ BANCARIO

Las dificultades que venimos exponiendo en orden a la constitución de un título ejecutivo, por la vía del punto 6 del 1429 y por la aplicación del art.1435 en ambos casos de la LEC, origino la practica bancaria de acudir al pagaré al cual se incorpora la deuda por capital e intereses derivada de una póliza de crédito.

El pagaré ha sido suscrito previamente en blanco por el cliente¹⁷⁷, y eventualmente por los avalistas, y cuando se hace necesario acudir la juzgado para obtener la efectividad de

176. *LIEBMAN*.- La opposizione di merito nel processo di esecuzione, Roma,1931, pág. 143. - Problemi..cit, pág.355. Para el autor "es el acto jurídico que tiene el efecto típicamente constitutivo de determinar y hacer concreta y actuable la sanción ejecutiva, y dar vida por tanto a la acción ejecutiva y a la sujeción y responsabilidad ejecutiva.

177. *SOTO VÁZQUEZ,R. Y SOTO FERNÁNDEZ,C*.- El cheque y el Pagaré. Edi.Comares. Granada 1997, pág 39 y40. Respecto a la emisión de un pagaré en blanco señalan que "es legalmente admisible la puesta en circulación de un pagaré que carezca de alguno o algunos de los requisitos que los art.94 y 95(LCCH)consideran insubsanables,con el único efecto de que podrá alegarse frente al tenedor el incumplimiento de los acuerdos celebrados con el mismo, caso de que la posterior subsanciación por éste de las circunstancias omitidas se hiciese en contravención con lo pactado(y también frente al el sucesivo adquirente de mala fe o con culpa grave)como motivo invlidante de su pretensión al cobro.Por ello ninguna duda puede caber de que esa puesta en circulación es lícita, y lícita es la figura del pagaré emitido hallándose en blanco alguna o varias de las circunstancias que debe reunir para poder ser considerado como tal, siempre y cuando en el momento de su vencimiento se hubiese completado o subsanado los requisitos necesarios para su Validez. Esta última exigencia es la que nos permite diferenciar entre la figura del pagaré <<en blanco>> y la del pagaré <<incompleto>>.Sean cualesquiera las omisiones en el momento de libramiento del mismo(posible pagaré en blanco), la falta de cualquiera de los requisitos del art.94 en el momento de su presentación al cobro(pagaré incompleto) determinará su nulidad."

dicho crédito se procede a completar aquel documento en blanco sin intervención del deudor¹⁷⁸.

En algunas pólizas de crédito bancario se ha llegado a incluir una cláusula que dice:

“Se conviene la incorporación de las obligaciones de pago de capital e intereses que se deriven para los prestatarios y fiadores, del presente contrato de préstamo, en un pagaré emitido por los prestatarios, nominativo, a favor de la Caja de Ahorros..., y con el aval de los fiadores del préstamo..El pagaré se emite en esta fecha y con vencimiento a la vista, dejándose su importe en blanco, de conformidad con los artículos 12 y 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985. Los prestatarios y fiadores autorizan expresamente a la Caja para que ésta pueda completar dicho importe con la cantidad que resulte de la liquidación prevista en la condición X de este contrato; es decir, que los prestatarios y fiadores aceptan como cierta, liquididad, venci-

178. VAZQUEZ BONOME, A.- Tratado de Derecho Cambiario .Letra, pagaré y cheque, Edi. DYKINSON S.L., Madrid 1986, pag 329. Señala la distinción entre pagaré cambiario y pagaré simple, siendo este, el simple, el que carece de alguno de los requisitos indispensables exigidos por la ley cambiaria. Indica que el pagaré cambiario se caracteriza por contener : 1) una promesa de pago de cantidad determinada en fecha futura del firmante análoga a la aceptación de la letra de cambio. 2) un reconocimiento de deuda en favor del acreedor que aparece designado en el pagaré que viene a significar la preexistencia de un contrato causal. 3) Pudiendo además aparecer reflejado en el pagaré otro contrato como la cesión de un crédito, fianza o descuento. Mientras que el pagaré simple constituye un mero reconocimiento de deuda, para cuya exigibilidad en vía judicial habrá de acreditarse su legitimidad y certeza pudiendo el deudor oponer todas aquellas excepciones que la Ley le permita. En caso de que el acreedor hubiese protestado el pagaré, que a juicio del autor “solo tiene efectos de simple requerimiento”, y el deudor no hubiese opuesto tacha de falsedad de la firma, podrá aquel solicitar al juez que se despache ejecución contra los bienes del deudor siempre y cuando el deudor después de citado dos veces para reconocer su firma en presencia del juez, este no hubiese comparecido.

da y exigible, a efectos de su incorporación al pagaré como importe del mismo y ejercicio de acciones que de éste se deriven en reclamación de dicho importe, la cantidad especificada expedida por la Caja y expresiva del saldo que resulte a cargo de la parte prestataria."

En la práctica judicial se conocen bastantes casos de ejecución en base a dicho pagaré, al que se acompaña en ocasiones la póliza bancaria de la que procedía, lo cual no resultaba aconsejable al poder originar problemas de relación con el contrato causal.

En el fondo es una cuestión más de derecho convencional, y si la cláusula de emisión se pacto mas o menos libremente, y con conocimiento de su alcance por parte del obligado, o si fue una imposición condicionante del banco.

Resulta además, que para romper las posibilidades de utilizar excepciones causales dentro del juicio ejecutivo, el pagaré se suele emitir a la orden, se cede a otra entidad bancaria, con la que tiene relaciones, y así el ejecutado quedará muy limitado en sus posibilidades defensivas. Y por aquí es por dónde podría venir una situación, fraudulenta o no, pero que procesalmente no es muy conforme con el derecho de defensa.

Sobre este particular algunos autores¹⁷⁹ y resoluciones judiciales han entendido que entraña un fraude de Ley porque se trata de eludir el artículo 1435. En este sentido el auto de 27 de noviembre de 1992 del juzgado de 1ª instancia nº8 de Murcia señala:

¹⁷⁹ SARAZA JIMENA.-El pagaré en blanco emitido por entidades bancarias para ejecutar pólizas de crédito: La necesidad de evitar la generalización de un fraude de ley, en "AD", mayo de 1994, pág.3 y sig.

“al presente pagaré le resulta aplicable lo previsto en los arts. 11.2 de la LOPJ que impone a los Tribunales y Juzgados el rechazo fundamentado de las peticiones que entrañen fraude de Ley como el acto realizado al amparo de una norma que persigue un resultado prohibido por el Ordenamiento o contrario a el....a través del pagaré se persigue evitar la aplicación de las normas contenidas en los arts. 1435, 1440 y 1467 todos ellos de la LEC, y la interpretación de las mismas que se deriva de la sentencia de TC de 10 de febrero de 1992 y la cual resulta de aplicación..dicha sentencia después de efectuar un completo análisis del juicio ejecutivo para exigir del juez el examen inicial de la apariencia de buen derecho del título, a través del examen del título con el correspondiente auxilio técnico a través de la intervención del Corredor de Comercio que se previene en el art. 1435 de la LEC, correspondiendo a los órganos judiciales la interpretación del alcance del acreditamiento de los extremos señalados por la Ley, de manera que se ofrezca a su conocimiento los elementos de hecho y de cálculo imprescindibles para poder efectuar el examen inicial que exige el art. 1440 y en particular la liquidez..”

Y en la misma dirección el Auto de 29 de octubre de 1992 del juzgado de 1ª instancia nº 10 de Sevilla indica:

“..los telegramas acompañados con el pagaré muestran bien a las claras que el pagaré aportado con la demanda fue emitido en garantía de un contrato de préstamo concedido por la entidad actora a los demandados..., siendo numerosos los condicionados generales que esta modalidad de “liquidación” del préstamo mediante la firma por los prestatarios de un pagaré sin que en el mismo conste su

importe, importe que será puesto posteriormente por la entidad prestamista antes de presentar el citado pagaré como título ejecutivo...la presentación de una demanda ejecutiva en base a un pagaré emitido en garantía de un préstamo es constitutiva de un flagrante fraude de Ley. La norma de cobertura es el art. 96 en relación con el art.12 de la Ley Cambiaria. Las normas cuya aplicación se trata de eludir son los arts. 1435,1440 y 1467 y concordantes de la LEC, en relación con el art. 1429.6 de la LEC, interpretados conforme a la doctrina sentada en la Sentencia del TC de 10 de febrero de 1992..."

O la sentencia de la Secc.2ª de la AP de Leon de 9 de Diciembre de 1994:

"Constituyendo la utilización del pagaré un autentico fraude de Ley, al eludirse las normas procesales(en especial el art.1435)que regula el juicio ejecutivo en base a pólizas de contratos mercantiles, y no tener aquellas en las que pretende ampararse(art.96, en relación con el 12 de la LCCH, que permiten en principio el pagaré en blanco)el fin abstracto de documentar deudas derivadas de contratos celebrados entre los Bancos y sus clientes y menos aún el de ser medio de abrir el acceso al juicio ejecutivo a las reclamaciones judiciales de aquellas."

Más radical es la SAP de Cantabria de 20 de febrero de 1996 que considera nula de pleno derecho la obligación de librar un pagaré en blanco como garantía de la operación y en vistas a la ejecución porque deja al arbitrio de una sola de las partes contratantes la liquidación y vencimiento, posibilidad que esta prohibida según esta sentencia por el art.1256 CC.

Pero en otras resoluciones como la SAP de Barcelona de 12 de febrero de 1985, consideran que el reconocimiento en blanco del futuro saldo deudor por la certificación librada por la entidad ejecutante no puede estimarse contrario a la moral, orden público o buenas costumbres, por lo que es indiscutible su validez a tenor de lo dispuesto en el artículo 1255 del c.c.¹⁸⁰

Mas recientemente la Sentencia de la Secc.2ª de la AP de Gerona de 22 de septiembre de 1995 revoca la resolución de primer grado denegatoria del despacho de ejecución en base a la nulidad del título, reconociendo como valida y lícita la superposición de títulos ejecutivos al intercalarse una poliza de préstamo y un pagaré por encontrarse dicha práctica dentro del amparo que el art.1225 del C.C. otorga.

Aduce además que el libramiento de un pagaré parcialmente en blanco es valido de conformidad con la propia Ley Cambiaria y del Cheque siempre que no exista fraude de ley ni abuso de derecho que *"no concurre cuando se utiliza, como en el presente supuesto, una expresa autorización al efecto de dar ejecutividad a un contrato de préstamo bancario que, en definitiva, tampoco requería de especial liquidación conforme al art.1435."*¹⁸¹

180. En la misma dirección la SAP de Sevilla de 22 de julio de 1996 que revoca el auto del juzgado de 1ª instancia en el que no se despacho la ejecución a la vista de un pagaré porque no se había presentado la documentación de la que derivaba el crédito incluido en el mismo señalándose que: "como se deduce de lo dispuesto en los art.12 y 96 de la Ley Cambiaria y del Cheque, debió despacharse la ejecución, sin supeditar a la presentación del título causal que sirva de base al pagaré, y sin perjuicio de las excepciones que en la fase procesal correspondiente pudieran oponerse y acreditarse y, entre ellas, el hecho de que hubiera completado el pagaré contrariamente a lo convenido."

181. En el mismo sentido se pronuncia la AP de Alicante, Secc.4ª en Auto de 21 de noviembre de 1996: "No es posible entender que en el caso que nos ocupa exista

Respecto a la posible nulidad del título por incumplimiento del art.1256 del cc. añade que *“No se puede decir que el cumplimiento se deja al arbitrio de un contratante cuando este se limita al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el propio contrato, esto es, accionar y reclamar el importe del préstamo no satisfecho en base a un pagaré que previamente fue aceptado por los prestatarios, tanto estampando su firma en el mismo como aceptando expresamente tal sistema de reclamación judicial.”*

La cuestión se centraría en considerar la cláusula que se incluye en la póliza permitiendo la ulterior formalización del pagaré de forma unilateral por el banco es o no una cláusula abusiva que puede perjudicar de manera desproporcionada o no equitativa al prestatario comportando una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes porque el deudor no puede comprobar el montante exacto de la deuda y que atentaría al art. 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios, argumento utilizado precisamente por alguna resolución judicial¹⁸².

la figura de fraude de ley al menos en la fase inicial del procedimiento, porque: 1º) La emisión del pagaré y sus condiciones se encuentran expresamente pactadas entre los contratantes en la póliza de préstamo, adquiriendo validez al amparo del principio de libertad de contratación, siendo un modo de garantizar la obligación de los prestatarios, que desde un primer momento reciben el importe del préstamo; 2º) Con la utilización del pagaré por la entidad bancaria, título admitido como ejecutivo por el art.1429.4 LEC, no se está burlando la aplicación del art.1435.4 de la misma ley, ni ningún otro precepto, en atención a la naturaleza y especialidades de las pólizas de préstamo, a que antes se hizo referencia, y 3º) La validez de los pagarés en blanco viene determinada por la aplicación de los arts.96 y 12 LCCH y solamente resulta atacable si se acredita que el complemento de los mismos se ha realizado de forma contraria a lo pactado entre las partes, que, este caso, como se apunta, se encuentra en la cláusula adicional de la póliza de préstamo.”

182. El Auto de 30 de septiembre de 1992 dictado por el juzgado de 1ª instancia nº1 de Sabadell deniega el despacho de ejecución solicitado por una entidad bancaria

En este sentido también se pronuncia la Secc.2ª de la AP de Badajoz, en Sentencia de 19 de Noviembre de 1996 confirmatoria de la sentencia del juzgado de 1ª instancia que declaro no haber lugar a pronunciar sentencia de remate en base a dicha doctrina jurisprudencial que califica a dicha practica bancaria de fraudulenta¹⁸³, considerando además que la inclusión de tal clausula carece de eficacia y es ilícita por ser contraria a los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones(art.10.1c) LGDCU)¹⁸⁴; y abusiva conforme al art.10.1c).3 LGDCU y contraria al art.10.1c).8 LGDCU.¹⁸⁵; predicandose por todo ello la nulidad de pleno

sobre la base de un pagaré fijándose precisamente en el art.10 de la LGDCU porque entiende que es uno de los límites a que alude el art.1255 del CC cuando consagra la libertad de contratación porque tratándose de una cláusula general impresa e impresa en el contrato por la entidad bancaria, la practica de hacer firmar un pagaré rompe el justo equilibrio de las prestaciones atribuyendo a la entidad crediticia los privilegios ya destacados sin contrapartida para el prestatario.

183. "En este orden de cosas, existe ya jurisprudencia ampliamente seguida por gran número de Audiencias, según la cual, mediante el uso del pagaré, como instrumento de ejecución o de garantía del préstamo bancario, se evita la aplicación del art.1435.4, citado, construyéndose el título ejecutivo al amparo del nº.4 del art.1429 y no al amparo del nº.6. Y esa forma de actuar supone, dice aquella jurisprudencia, un claro supuesto de fraude de Ley, pues al amparo del art.12, en relación con el art.96 de la Ley cambiaria, se trata de eludir la aplicación del ya citado art.1435.4 LEC y aún de las normas contenidas en los arts.1440 y 1467 de la misma Ley Rituaria. Y por ello mismo, al suponer una actividad fraudulenta, viene en aplicación el art.11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que obliga a los Jueces y Tribunales a rechazar, fundamentalmente, las peticiones que entrañen fraude de ley."
184. "Pues se dice que, a las contraprestaciones propias de los préstamos-devolución del capital y abono de intereses-, se viene a imponer, a cargo del prestatario, otra más, consistente en la suscripción, en garantía, de un pagaré en blanco, sin que ello se vea compensado por contraprestación alguna que la equilibre por parte de la entidad bancaria."
185. "Se ha llegado a decir también que la imposición del libramiento de un pagaré en blanco supone una cláusula abusiva, que perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al prestatario y conlleva una situación de desequilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de las partes(art.10.1c).3 de la LGDCU), consistiendo el perjuicio en que el deudor no puede comprobar la deuda líquida exigible y en que, al promoverse un juicio ejecutivo con base en un pagaré semejante, se

derecho, del art.10.4 de la LGDCU como sanción aplicable a tales cláusulas abusivas.

Abundando en esta cuestión concluye la Audiencia de Badajoz en los siguientes terminos:

“Puede decirse, entonces, que, en realidad, no existía verdadera voluntad de obligarse cambiariamente, cuando al ejecutado se le impone la obligación de librar un pagaré y suscribirlo en blanco, con facultades del ejecutante de completarlo cuando se produce su vencimiento o el anticipado del contrato causal; y ello porque, al carecer, en el momento de formalización del contrato causal de préstamo, el prestatario de la labor de asesoramiento que ejerce el fedatario mercantil, no pudo formar su voluntad correctamente, pues no podía conocer el alcance, cambiariamente hablando, de librar un pagaré en aquellas condiciones; de ahí que pueda hablarse de una voluntad viciada, y por tanto, inexistente, lo que permite ahora dar acogida a la excepción prevista en el art.67.1-en relación con el 96, ambos de la Ley Cambiaria, por inexistencia de declaración cambiaria, al aparecer esta viciada por deficiente información de esa voluntad(derivada de la ausencia de información).”

Tal doctrina no la compartimos, en primer lugar porque el fedatario no suele asesorar a nadie, y en segundo lugar, porque se plantea en terminos similares a la de la firma de una letra u otro documento cambiario, que, en general, forma parte de una cultura social, el saber que se responsa-

aplica: las reglas sobre carga de la prueba que rigen en el ejecutivo, es decir, la inversión del onus probandi en perjuicio del prestatario(art.10.1.c).8 LGDCU), desde el momento que compete a éste y no al ejecutante, acreditar el error o arbitrariedad o abuso en la integración del título.”

biliza de su pago, sin que sea por lo demás ajeno al sentido general de convenciones que acompañan a este tipo de contratación.

Algunos autores¹⁸⁶ comparten estas objeciones entendiendo que el art.11.2 de la LOPJ debe aplicarse por parte de los jueces, rechazando la ejecución cuando se interese a la vista de estos pagarés.

Sin embargo para otros¹⁸⁷ la imposición de la firma del pagaré en blanco por parte de la entidad bancaria en garan-

186. RUBIERA ALVAREZ.- La utilización de pagarés en juicio ejecutivo como instrumentos de ejecución o de garantía de los préstamos bancarios, en " Cuadernos de Derecho Judicial". El Juicio Ejecutivo. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993. "Nosotros compartimos estas objeciones a la práctica bancaria de utilizar pagarés como títulos ejecutivos en garantía de los contratos de préstamo o crédito concertados con los clientes y entendemos que resulta jurídicamente correcto denegar el despacho de ejecución cuando de la demanda ejecutiva se deduce que el pagaré es presentado con tal fin y ello por aplicación del art. 11.2 de la LOPJ que ordena a jueces y tribunales rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que entrañen fraude de ley, por cuanto especialmente en los contratos de crédito en los que la determinación del saldo existente en la cuenta del deudor exige a veces largas operaciones de liquidación por el gran número de apuntes que se anotan en ella, el legislador ha permitido en el art.1435.4 de la LEC que las partes puedan establecer un pacto de liquidación por el cual la cantidad exigible en caso de ejecución, será la especificada en la certificación expedida por la parte actora con tal de que conste en documento fehaciente (emitido por Corredor de Comercio) que aquella liquidación se ha practicado en la forma estipulada por las partes en la póliza, de suerte que la Ley eleva a requisito imprescindible, la intervención del fedatario público, con el fin de garantizar o de reequilibrar la distinta posición en que las partes se encuentran al negociar. Por ello, acudiendo al expediente del pagaré, la entidad bancaria prescinde de la presencia del corredor en el momento de la firma de la póliza, con lo cual aquel no puede realizar la labor de información y asesoramiento que tiene encomendada, así como en el momento de la liquidación de la deuda y consigue de este modo un resultado no querido por el ordenamiento jurídico en base a razones que no somos capaces de entender. Ahora bien, puede también ocurrir que la entidad acreedora no se refiera en su escrito de demanda a la previa existencia de un contrato de préstamo o crédito, limitándose a presentar el pagaré como título abstracto y exigir su pago en base a las normas de la Ley Cambiaria."

187. SOTO VÁZQUEZ y SOTO FERNÁNDEZ.-El cheque y el pagaré...cit,pág 65.

tia de una deuda derivada de la apertura de un crédito supondrá o no, un desequilibrio entre las posiciones de las partes, dependiendo de las condiciones de contratación convenidas y de la circunstancia de que realmente se hubiese producido la determinación unilateral de la liquidez a espaldas y en fraude del prestatario,” porque si desde un primer momento las sumas a satisfacer en períodos concretos, así como el tipo de interés aplicable, se encuentran perfectamente determinados, la simple previsión de sustituir un título por otro a los efectos de demandar ejecutivamente el pago de lo debido, ni altera sustancialmente los derechos del prestatario, ni quebranta su derecho a conocer el origen y alcance de la reclamación.”

El tema desde luego puede originar las dudas expresadas, si bien, el problema que plantea no es diferente al que puede surgir con la firma de una letra de manera que en cualquier negocio jurídico la entidad que va a realizarlo impone o puede imponer como condición la firma de la cambial, porque las situaciones de igualdad en la contratación no suelen producirse en este campo por lo cual si el prestatario ha aceptado la firma de dicho pagaré, no lo ha efectuado en condiciones muy diferentes a las de la firma de una letra de cambio que en muchas ocasiones también se realiza en blanco a espera de la liquidación definitiva y cuya admisión en la práctica jurídica ha sido reconocida por la jurisprudencia¹⁸⁸.

188. “ El primer motivo de oposición- falsedad de la fecha de libramiento de las cambiales- tiene que perecer, pues, como bien argumento el juez “a quo”, tanto la doctrina legal como la jurisprudencia anterior a la nueva Ley Cambiaria, admitían la plena validez de las letras en blanco, entendiendo por tales las que se entregaban faltando por rellenar alguno de los requisitos exigidos por el derogado artículo 444 del Código de Comercio , habiendo admitido el Tribunal Supremo que los mismos,

Quizás la mayor objeción puede proceder de que en la fijación del saldo en el art. 1435 interviene fedatario cosa que no ocurre en la formalización última del pagaré. Pero si pensamos realmente en lo que consiste esa intervención del fedatario que no puede adentrarse en conocer la adecuación de las partidas que lo integran sino que se limitara generalmente a comprobar el resultado final de la cuenta, podemos obviar esta ausencia profesional que en sí mismo y en cuanto a la bondad del saldo nada significa, limitándose a dar fe de que es el que resulta de la cuenta bancaria.

Algunos autores son terminantes en el sentido de que si al juez le consta el origen del pagaré, derivado precisamente de la póliza cuya liquidación se debe obviar, debería denegar la ejecución¹⁸⁹.

exigidos para la validez de toda cambial, hacen referencia no al nacimiento de la obligación cambiaria, sino a la eficacia de la misma para reclamar su importe en juicio, pues la entrega por el librado-aceptante de una letra en la que no constan todos los datos que el citado precepto exigía y aunque entre los omitidos figure la fecha del libramiento o vencimiento, supone una autorización tácita que se hace al acreedor para que la complete, siempre que entre esta y el deudor no existan pactos que condicionen la integración del título -Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1978; de 18 de abril de 1981; de 30 de noviembre de 1983-; validez de la letra en blanco que hoy se infiere con nitidez del artículo 12 de la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1985, a no ser que al completar las menciones dejadas sin rellenar por el firmante, el acreedor haya actuado de manera abusiva, contrariando el incumplimiento de los acuerdos celebrados, tanto frente al librador como al tomador que haya adquirido la letra de mala fe o con culpa grave; correspondiendo al demandado la prueba de la existencia e incumplimiento de los acuerdos pactados, lo cual no siquiera ha intentado acreditar la parte ejecutada en los presentes autos; pero es que, además, como dijo esta Sala en sentencia de fecha 10 de mayo de 1989, caso de darse la citada vulneración de los acuerdos, no elimina la pretensión cambiaria sino que solo la reduce a los términos en que debió haberse completado la letra, por aplicación analógica de lo que previene el artículo 93 de la Ley Cambiaria para la hipótesis de alteración falsaria del texto de la cambial." (SAP Palma de Mallorca S. 3ª, 7-1-90).

189. BAYO DELGADO.- El juicio ejecutivo por pólizas de contratos mercantiles: el despacho de ejecución. en "Cuadernos de Derecho Judicial". El juicio ejecutivo. Edición del Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1994, pag. 238. "La firma

La AP de León en Sentencia de 7 de diciembre de 1994 considera justificado que el Juez a quo antes de decidirse a despachar ejecución pueda llevar a cabo una indagación <<ex officio>> del contrato causal que subyace tras el pagáre (al que califica de sumamente extraño en la relación Banco-cliente), a pesar de que este último en apariencia cumpla con todos los requisitos formales legalmente previstos (art.94 LCCH) así como de la documentación en que el mismo se sustentará, al objeto de averiguar si por el mismo, se consiguió el acceso a la vía ejecutiva acudiendo a un auténtico fraude de ley y si se han vulnerado preceptos protectores de los consumidores y si entendiese que la misma puede obedecer a tales causas denegar el despacho en base a las mismas. E incluso justifica que tal indagación pueda llevarse a cabo como diligencia para mejor proveer, en el momento de ir a dictar sentencia, en supuestos de rebeldía del ejecutado, si encuentra algo oscuro o dudoso, como puede ser la sospecha de fraude de ley o vulneración de la referida Ley de protección de los Consumidores y Usuarios y no llegar a dictar sentencia de remate.

La investigación <<ex officio>> presenta dificultades derivadas de su propio contenido suponiendo una dificultad añadida al cometido jurisdiccional en sentido estricto,

del pagaré comporta la inoperancia real de esos principios, porque el juez carece de todos los datos y elementos necesarios para despachar ejecución. Formalmente el pagaré es ejecutivo (norma de cobertura), pero se hurtan los datos necesarios al juez. El ejecutado, además, ve invertida la carga de la prueba en su contra, ya que dada la naturaleza formalmente abstracta del título ejecutado debe demostrar que ha sido completado en desacuerdo con los pactos causales. También la nulidad se deriva del análisis del tema desde la perspectiva del art.51 de la Constitución en tanto que consagra la defensa de consumidores y usuarios, como principio informador del ordenamiento. Su desarrollo legislativo, por Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y concretamente el art.10 marca la pauta de interpretación."

impropio de la actuación en la que nos encontramos¹⁹⁰, y también contraria a la propia naturaleza del título cuya característica fundamental reside en la literalidad de manera de que por sí mismo debe de ser suficiente para conocer la apariencia de buen derecho y la oportunidad jurídica de la ejecución que se interese.

Pero tampoco se aprecia mayor inconveniente en que se traspase directamente esa cantidad al pagaré, a sabiendas por parte de la entidad bancaria de que si es incorrecta cabe la oposición. No se nos oculta que esta argumentación no sería muy conforme con la ortodoxia de un buen título ejecutivo pero es que en la textura de aceptar el saldo derivado del 1435 que no constituye más que un rodeo para aceptar la fijación unilateral del saldo por el banco como tampoco podemos rechazar que lo fije unilateralmente a través del 1435 y no en un pagaré.

Y por ello y en principio no debe rechazarse la posibilidad de su ejecución sin perjuicio de que concurran circunstancias que alegadas en la oposición puedan justificarla cumplidamente.

Este es precisamente el criterio aducido por la Sentencia de la AP de Córdoba de 5 de diciembre de 1996:

190. SOTO VÁZQUEZ y SOTO FERNÁNDEZ.-El cheque y el pagaré..cit, págs.63 y 64. Entiende que es impropio practicar cualquier diligencia probatoria previa al despacho de ejecución del pagaré por una entidad bancaria e incluso acordar diligencias para mejor proveer dentro del juicio ejecutivo con la misma finalidad. Sin embargo podría considerarse un distinto planteamiento en las diligencias para mejor proveer en las que con carácter general y también en el ejecutivo se permite excepcionalmente su presencia sin que puedan apreciarse motivos que justifiquen la exclusión en este caso, y aquellas otras de carácter previo que sin tener consideración probatoria, impropia de aquel momento procesal podrían dirigirse a la consideración del título. Estas nos parecen improcedentes aquellas aceptables.

“Es inexacto, al menos en este caso, que el banco pueda fijar arbitrariamente la cantidad que deba figurar en el pagaré porque en la póliza y en la calendada cláusula doce, quedan perfiladas las líneas directrices y los conceptos que habrán de ser tenidos en cuenta para fijar dicha suma, de tal manera que si se infringe dicho pacto podría la parte afectada argumentar los medios de defensa oportunos para constatar que la liquidación no se ha efectuado de acuerdo con lo pactado cumpliendo así idéntica misión que la del corredor de comercio.”

Mayores dificultades de operatividad, podrían derivarse de la aplicación de las normas de protección al consumidor que luego examinaremos, y que son de aplicación a todos los supuestos de créditos bancarios que venimos exponiendo.

Sin embargo pienso que habrá de estarse a las circunstancias de cada caso. La emisión de un pagaré libremente emitido y aceptado a consecuencia de operaciones crediticias derivadas de pólizas, podría ser válido. Si se impone para evitar la claridad de las cuentas de liquidación, abusando de la posición superior de la entidad bancaria en el momento de suscribir la póliza, podría entrañar un fraude de ley¹⁹¹.

191. SARAIZA JIMENA.-Ob.cit.pag.3 ,entiende que la utilización del pagaré en blanco supone una práctica bancaria gravemente abusiva, constitutiva de un fraude de ley que afecta a un sector especialmente protegido por la Constitución, y supone un grave retroceso en la tendencia de la legislación y jurisprudencia hacia el otorgamiento de mayores garantías al ejecutado en los juicios ejecutivos basados en pólizas de contratos bancarios.

5º.- CRÉDITOS DERIVADOS DEL DESCUENTO BANCARIO.

A) El descuento bancario. Concepto y naturaleza.

El descuento, junto con la apertura de crédito y el préstamo vienen a conformar lo que conocemos como operaciones activas dentro de la clasificación dada por la doctrina¹⁹², de las operaciones genuinamente bancarias, en las cuales, el Banco adopta la posición de concedente de crédito en favor del cliente.

Al igual que ocurre con la mayoría de los contratos bancarios, nuestra legislación positiva no contiene un concepto del contrato de descuento, al que simplemente hace alguna alusión, reconociendo por tanto su existencia, en preceptos aislados de nuestro Código de Comercio¹⁹³, hecho que ha llevado a nuestra doctrina¹⁹⁴ y jurisprudencia¹⁹⁵, a la hora de definirlo, a acudir, ya sea expresa o implícitamente, como

192. GARRIGUES.- Contratos bancarios..cit., pag.29.

193. Vid.artículos 178,183 y 879(C.com).

194. GARRIGUES.- Contratos bancarios..cit., pag.254; LANGLE RUBIO,E.- Manual de Derecho Mercantil español,Tomo III, Bosch, Barcelona 1959, pág.447 y sig.; URÍA,R.- Derecho Mercantil, Madrid 1976, pág.651; VICENTE Y GELLA, A.- Curso de Derecho Mercantil Comparado, T.II, 2ª Ed., Zaragoza 1948, pág. 122; SÁNCHEZ CALERO, F.- Instituciones de Derecho mercantil,8ª Ed.,CLARES,, Valladolid 1981, pág. 454; BROSETA PONT, M.- Manual de Derecho Mercantil, 6ªEd.,Madrid 1985, pág. 466; GARCÍA- PITA Y LASTRES, J.L.-

El Contrato Bancario de descuento. Madrid 1990, pág. 55; CUÑAT,V.-El artículo 1170 del Código Civil y su aplicación a la entrega de letras de cambio", en" RDM", 1973, núm. 127, Ene-Marzo, pág.113; EIZAGUIRRE, J.- Cuenta corriente bancaria y cláusulas <<sin gastos>>(En torno a la Sentencia del TS del 7/3/1974), San Sebastian,1978, pág. 120.

195. Sentencias del TS, de 9 de febrero de 1948, de 14 de Abril de 1980, de 24 de junio de 1986, de 18 de marzo de 1987 y de 12 de abril de 1987.

punto de partida, a la noción que del mismo recoge el Código Civil italiano de 1942 en su art.1858.

Según el citado artículo, el contrato de descuento es aquel *“por el cual, el Banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito frente a un tercero y todavía no vencido, mediante la cesión, salvo buen fin, del crédito mismo”*.

Lo definitivo y por tanto a destacar, en esta figura contractual, es la existencia:

- por un lado, de un anticipo por parte de un banco a su cliente, del importe de un crédito.
- ha de tratarse de un crédito aplazado que el cliente tenga frente a un tercero y que aún no haya vencido.
- El Banco no anticipa el importe del crédito en su totalidad, sino el montante que resulta tras deducir o descontar del mismo unos intereses.
- y por último, la cesión, *“salvo buen fin”* del crédito que el cliente tiene frente a ese tercero, en favor del banco.

Nos encontramos ante un contrato cuya naturaleza jurídica ha sido tema muy discutido por la doctrina¹⁹⁶. Para algunos se trata de un compraventa o cesión de crédito, otros se inclinan hacia el préstamo mutuo, sin que por otro lado, falten aquellos que tienden a considerarlo como un contrato

196. BALDO DEL CASTAÑO, V.-Naturaleza jurídica del contrato de descuento de la letra de cambio, en “RJC”, 1976, pág.81 y sig.; APARICIO, J.A.- Voz<<Descuento>>, en “Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, T. III, Barcelona 1955, pág.434; DOMÍNGUEZ DE MOLINA, J.- “La Cuenta Corriente y la Cláusula” s.b.f.”, en “RJC”, 1947, T.III, pág.32.

autónomo y distinto de cualquier otro¹⁹⁷, e incluso hay quienes niegan su carácter contractual¹⁹⁸.

B) Posición de la entidad bancaria frente al obligado bancario

Una vez más se aprecia una posición ventajosa y favorable de la entidad bancaria ya que es una cláusula usual en este tipo de operaciones la de “*salvo buen fin*”, en virtud de la cual el banco puede obtener el resarcimiento dirigiéndose bien contra el obligado cambiario o bien devolviendosela al cliente que obtuvo el descuento, con una simple anotación en su cuenta.

El banco tiene exclusivamente la obligación de gestionar el cobro de la letra, del protesto en su caso, o de poner la diligencia negativa de pago, debiendo de soportar los efectos de su falta de diligencia en este sentido, de manera que no podrá devolver la letra a su cliente cuando se haya perjudicado por culpa del banco, salvo que derivasen de acuerdos o convenciones de los interesados en el contrato causal, tal como se recoge en la Sentencia de la Sala 1ª del TS de 14 de Abril de 1980¹⁹⁹.

Esta resolución recoge la doctrina más importante en la materia señalando que “*es obligado ajustarse a la doctrina*

197. En este sentido se ha pronunciado en ocasiones nuestra Jurisprudencia, Vid. Sentencias del TS de 27 de Mayo de 1958 y de 14 de Abril de 1980; Sentencia de la AT de Zaragoza de 11 de Marzo 1981 y 3 de Julio del mismo año.

198. Sobre las distintas posturas existentes Vid. GARRIGUES.- Contratos Bancarios..cit.,pág.261; GARCÍA-PITA Y LASTRES. El contrato bancario de descuento..cit., pág. 145 y sig.

199. Ver comentario a esta sentencia de GARCÍA-PITA.- Descuento bancario, descuento documentario, en “RDBB”, núm.1, 1981, pág.171 y sig.

inicialmente expuesta de que si el Banco descontante omite los actos de conservación de los derechos cambiarios, inobservando su deber de diligencia, se seguirán las radicales consecuencias ordenadas por aquel precepto del Código Civil, estimándose por tanto que la entrega de la letra al Banco y perjudicada por causa de éste, comporta los efectos del pago a pesar de que no haya sido satisfecha a su vencimiento, con lo que la primitiva cesión "pro solvendo" se transforma en cesión "pro soluto".

C) El descuento y sus modernas manifestaciones

El tráfico mercantil en su constante y rápido desarrollo presenta constantemente situaciones diversas,exigiendo una tratamiento jurídico actualizado,y un esfuerzo de aplicación no solo de las normas sustantivas sino también de las procesales. El tratamiento de ambas conforman un todo armónico,y así vemos como en las resoluciones de los tribunales que tiene que resolver tales cuestión, dichos problemas jurídicos aparecen refundidos.

La consideración jurídica del descuento bancario presenta una rica problemática, estudiada y puesta de manifiesto por la doctrina²⁰⁰, destacándose sus significado en el ciclo productivo y de circulación de bienes, que ha adquirido un desarrollo importantísimo, paralelo a los distintos aspectos

200. Vid. ANGELONI.V.-Lo sconto.Studio di Diritto bancario. Milan 1919; RENAUD M.-Traité juridique et pratique de l'escompte. París 1934; PÉREZ ESCOLAR.-El Contrato de descuento. Madrid 1982; RIBO DURAN.-La problemática jurídica del descuento. Barcelona 1982; GARCIA PITA Y LASTRES.-Contrato de descuento y cuenta corriente bancaria.En "Comentarios a Jurisprudencia de Derecho Bancario y Cambiario"...cit.

jurídicos²⁰¹, que aquí únicamente interesa destacar por su evidente e inevitable conexión con las problemas procesales que acarrea su exigencia judicial, teniendo presente que en muchas ocasiones no es posible separar la problemática procesal de la de derecho materia, porque como se ha puesto tantas veces de manifiesto en el tema de la letra de cambio ninguna otra cuestión tiene la importancia de las excepciones en el juicio ejecutivo cambiario, que es una cuestión transcendente para este instrumento de crédito²⁰².

Como hemos puesto de manifiesto, a través del descuento bancario, el banco anticipa al cliente efectivo frente a la entrega de un documento de crédito, efectuándose en consecuencia una cesión de este, y para la gestión de cobro, mediante el pago de una comisión, que viene a ser el precio del contrato²⁰³.

Pero presenta a su vez diferentes manifestaciones:

1ª) El descuento cambiario:

a) Descuento cambiario ordinario:

Los documentos que el cliente entrega pueden ser letras de cambio y pagarés en cuyo caso estamos ante el llamado descuento cambiario puro u ordinario, con una problemática muy específica en conexión con la de la letra de cambio de la que trae causa.

201. BALDO DEL CASTAÑO.- Naturaleza jurídica del contrato de descuento de la letra de cambio, en "RJC", 1976, pág.81 y sig.; GUZMAN J.Y OTROS.- Aspectos jurídicos de las operaciones bancarias. Barcelona 1980, pág.141 y sig.; RIBO DURAN.-La problemática judicial del descuento. Barcelona 1983, pág.6 y sig.

202. GÓMEZ DE LIAÑO, F.-Jurisprudencia Cambiaria. Juicio ejecutivo..cit, pág.17.

203. Vid. SANTOS, V.- El contrato bancario. Concepto funcional. Bilbao 1972, pág.260 y sig.

Pero la letra de cambio, viene librando una antigua contienda, con su causa, y su trasunto de las excepciones que puede oponerse en vía ejecutiva, hasta el punto ninguna otra cuestión en esta materia de la letra de cambio parece tener más importancia²⁰⁴.

Se trata de un tema con alguna dificultad, que exige para entenderlo penetrar en el conocimiento cambiario, y sobre todo en las orientaciones de la Ley Cambiaria(L.19/85) cuando pretende fortalecer la posición jurídica del acreedor, adoptando un nuevo sistema de excepciones, en su art.67 cuya redacción se ha calificado de poco feliz, al aceptar una formulación excesivamente genérica, y que va a permitir ampliar los motivos de oposición más allá de lo que pretende el legislador, en sus declaraciones de principios, pero sin que nunca deba de entenderse que no estemos ante un sistema de motivos limitados²⁰⁵, porque precisamente es una nota insalvable del juicio ejecutivo cambiario, derivada:

a) De La propia naturaleza del trámite, que es sumario, y por definición tiene una limitación de medios de ataque y defensa.

204. GOMEZ DE LIAÑO F.-Jurisprudencia Cambiaria.Juicio Ejecutivo..cit, pag.17. Se cita la opinión de Garrigues en este sentido, ratificando la tesis en orden a la transcendencia de la causa, y su operatividad como excepción en la eventual reclamación judicial.

205. Algunos autores no parecen estar conformes con esta limitación, señalando que la opinión de F.Gómez de Liaño recogida en Jurisprudencia Cambiaria cit,pag.160,"de que se trata de un sistema de motivos limitados, como ya lo era anteriormente, al menos en teoría...."viene a ser la única excepción que conoce a la doctrina que sustenta, y que como excepción que considera será la contraria. Ver BONET NAVARRO.Jose.-El juicio ejecutivo cambiario. Edi.Comares. Granada 1997, pag.76. Lo cual por otro lado no deja de ser sorprendente después de aceptar la consideración del juicio ejecutivo cambiario, como de cognición sumaria y ejecutivo.

b) Porque la propia redacción del art.67 antes citado revela que además de aquellas excepciones pueden oponerse las que cita, pero nada más, con lo cual la limitación de la oposición existía antes y después de la citada Ley Cambiaria.

c) Porque si estamos ya ante un proceso de ejecución, es clara la limitación de oposición a la misma, a diferencia de lo que ocurre en los procesos de declaración.

Esta limitación es una característica propia de las ejecuciones de créditos bancarios, ya que nos encontramos ante deudas incorporadas a títulos determinados, que además de recoger los datos crediticios precisos de titularidad, vencimiento y cuantía, tienen un reconocimiento legal de valor ejecutivo, siendo precisamente estas circunstancias las que impiden que en este trámite la oposición sea necesariamente limitada.

b) *Descuento cambiario documentado:*

Precisamente ha sido esta cuestión que comentábamos en el párrafo anterior, la que ha venido a originar la aparición en la práctica bancaria del llamado descuento bancario documentado, en el cual a los efectos librados para el pago (por ejemplo del precio en una compraventa) se le unen los documentos representativos de las mercancías, de manera que su posesión implica la disponibilidad de aquellas, opción que hace no solo mas atractivo el descuento, sino con mayores garantías²⁰⁶.

206. Vid GARCÍA PITA.-Descuento bancario y descuento documentario..cit, pág.182 y sig.

Sobre el descuento de letras documentadas la sentencia del T.S. de 14 de abril de 1980, viene a señalar cuatro notas o caracteres fundamentales:

1) Inclusión de la cláusula “*salvo buen fin*”, que permite a la sociedad descontante obtener el resarcimiento, bien dirigiéndose frente al sujeto pasivo en esa relación de deuda, bien frente al cliente que logró el descuento.

2) El banco no penetra en el contrato de compraventa ni adquiere el dominio de las mercancías vendidas, pues se limita al cumplimiento del mandado recibido del vendedor, de entrega de dichos documentos, aunque estos le confieren sobre las mercancías vendidas el privilegio de comisionista (art.276 del C.Com.).

3) El crédito descontado se cede “*pro solvendo*” y no “*pro soluto*”, y el banco asume la obligación de presentar el efecto al cobro con la debida oportunidad, y levantando ,en su caso, el protesto.

4) El perjuicio de la letra imputable al banco, determinará que este soporte los efectos de su propia negligencia.

Así pues, reconociendo la confusión terminológica que se viene produciendo en esta materia, derivada de su desfase legislativo, es evidente la distinción entre el descuento que tiene como base únicamente el efecto cambiario, (y que podríamos llamar descuento cambiario ordinario) que en si mismo se manifiesta con toda fuerza la abstracción del título, y aquel otro en el cual los documentos del contrato causal acompañan a la letra (y que podemos llamar descuento cambiario documentado), y en cuyo caso las partes han querido con aquella adicción, liberar a la letra de su abstracción en su

camino circulatorio, lo cual ha de llevar necesariamente a un tratamiento procesal distinto a la hora de su ejecución.

2ª) Descuento documentario:

Pero por si ello no fuera suficiente, tenemos además un descuento documentario, basado en recibos de operaciones comerciales habidas entre el acreedor y deudor que se convierten así en librador y librado, respectivamente. Los recibos en cuestión que son la base del llamado descuento documentario, contienen un mandato de pago, referido a cantidad y fecha determinada.

El tema tiene el máximo interés, porque las multinacionales y las grandes sociedades a través de sus equipos informáticos, los emiten en serie, y en grandes cantidades que remiten al banco, recibiendo el importe inmediatamente, y transmitiendo a la entidad bancaria el problema del posible incobro. Aquí se produce una evidente cesión del crédito que comprende el documento crediticio.

3ª) El “confirming”:

Y para tratar de completar el cuadro tenemos también el denominado “confirming”, que comprende una relación mercantil, en virtud de la cual, el cliente encarga a su banco el abono de determinadas deudas y facturas que le presenten los acreedores de aquel durante un período determinado de tiempo, y mediante la confirmación del pago por parte del cliente encargante, que incluso puede obtener el beneficio de poder anticipar el cobro²⁰⁷.

207. Vid. VILLAGOMEZ RODIL.-Descuento bancario. Recibos de cobro. Cesión de créditos, en “Semana Jurídica”, octubre 1996, pág. 241.

Comprende pues, figuras diferentes que tienen evidentemente una trato procesal también distinto, como veremos después, en función de las diferentes acciones que pueden surgir, y que son:

1.- La acción causal.-

Se configura el descuento como un contrato de préstamo, que atribuye al banco el derecho a reembolsarse del importe anticipado, llegado el vencimiento de la cambial frente al deudor descontatario.

Es de naturaleza extracambiaria, lo que tiene efectos en orden al plazo de prescripción (15 años del art.1.969 del C.C.). El descontante en la acción causal tiene que acreditar, la existencia de su derecho de crédito, nacido del descuento, no de la letra, y su supervivencia, por no haber sido abonadas las letras a su vencimiento (STS 30.12.72).

El contrato de descuento es unilateral en el sentido de que no surgen del mismo obligaciones para el descontante, que ha de esperar el resultado del efecto, apareciendo una serie de derecho y obligaciones para el acreedor, que tendrá que evitar el perjuicio del efecto, porque la falta de diligencia en este sentido determinaría la producción de efectos enervatorios de la cláusula "*salvo buen fin*" como señala la STS de 14 de abril de 1980, de manera que "*la entidad descontante soportará los efectos de su propia negligencia, de tal modo que a la decadencia de su acción cambiaria de regreso va unida la de la acción causal, nacida del contrato oneroso, unilateral y no solemne de descuento, estimándose que la entrega de la letra al banco despliega los efectos del pago*".

2.- La acción cambiaria derivada de la propia letra, al adquirir el banco, la legitimidad de acreedor cambiario frente a todos los obligados, ostentando el banco la condición de tercero a efectos de serle inaplicables en el juicio ejecutivo las excepciones basadas en la relaciones personales de quienes intervinieron en el contrato subyacente que originó la emisión de la letra.

Esta acción cambiaria puede ejercitarse en procedimiento declarativo o en el ejecutivo, cuando la letra tiene las condiciones precisas, y en este caso estaríamos ante una acción ejecutiva cambiaria, y que puede a su vez, ser directa si va contra el aceptante, o de regreso si se dirige frente al librador o endosantes²⁰⁸.

3.- Existe además una acción de enriquecimiento, amparada en la doctrina general del art.460 del C.com. cuyo principio inspirador reside en la protección del tráfico cambiario, impidiendo que a costa de un portador negligente se produzca un enriquecimiento, por parte de quien debió pagar y no lo hizo²⁰⁹.

Esta acción, así como la causal, únicamente tienen cabida en el declarativo ordinario que corresponda a la cuantía.

D) Su tratamiento procesal.

A la vista de lo expuesto anteriormente, hay que distinguir diversas situaciones perfectamente diferenciadas, que

208. AZORIN RONCERO. -Las acciones procesales en el contrato de descuento bancario, en "RGD", 1984, pág.401 y sig.

209. Vid. PAZ ARES. -La responsabilidad cambiaria derivada de la letra perjudicada, en "RCDI", 1982, pág.429 y sig.; CUÑAT EDO.-La interpretación de los art.460 y 525 del Código de Comercio, en "ADC", 1976, pág.211 y sig.

son aquellas en las cuales existe una letra o pagaré como documento que justifica el descuento, y que tienen el tratamiento privilegiado de los títulos cambiarios, y los demás casos, pero siempre con peculiaridades, que haría preciso hacer varios apartados:

a) En el descuento cambiario, que hemos llamado puro u ordinario, el banco descontante del efecto, tiene a su disposición, la posibilidad de acudir directamente al juicio ejecutivo, frente al cualquiera de los obligados cambiarios, teniendo en su calidad de ejecutante, la posición privilegiada de inoponibilidad de excepciones basadas en el contrato causal.

En efecto, la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1985, recogiendo la doctrina de la Ley Uniforme de Ginebra a la que trata de adaptarse, impone la prohibición de oponer excepciones causales fuera del campo de los obligados por el contrato subyacente, salvo que tenga conocimiento de la situación y actué en perjuicio del deudor²¹⁰.

El banco tiene aquí la consideración de tercero, y frente al eventual despacho de ejecución no cabe excepcionar, la falta de provisión, o cualquiera de las frecuentemente derivadas de la *"exceptio non adimpleti contractus"*.

Todas las cuestiones referentes a la relación causal, han de reservarse para el declarativo posterior, si fuera procedente, y decimos esto, porque en este trámite declarativo, el banco seguiría inmune a los temas causales. Nos referimos a la acción que el que ha sido ejecutado tendría, frente a los que intervinieron en el contrato que originó el libramiento del efecto que fue título ejecutivo.

210. Vid. GÓMEZ DE LIAÑO F.-Jurisprudencia cambiaria.. cit, pág.241.

b) En el descuento cambiario documentado, el problema se complica, porque como vimos, junto a la letra se entregan documentos representativos del contrato subyacente, que incluso en el caso de compraventa, su posesión llega a implicar la posesión y la disponibilidad de las mercancías.

Sin embargo el banco no “penetra en el contrato de compraventa” (STS, secc.Iº, de 14 de abril de 1980), y el banco no adquiere el crédito de provisión resultante del contrato del que trae causa, salvo que haya una cláusula específica, de dudosos efectos en la esfera cambiaria, para algunos autores²¹¹.

En cambio, esa documentación que se entrega al banco, puede significar el conocimiento de situaciones muy concretas y particulares del negocio del que trae causa la letra, y a diferencia del supuesto anterior del descuento ordinario en el que la entidad bancaria desconoce los términos de aquel, aquí puede conocerlos, y ello tendría efectos evidentes en orden a los motivos de oposición en el juicio ejecutivo porque puede dar operatividad a la doctrina de los artículos 20 y 67 de la Ley Cambiaria, en dos sentidos:

1.- Ya existen entre el banco y el obligado cambiaria una serie de relaciones personales, que dan entrada a situaciones muy diversas, que amplían en si los motivos de oposición a la ejecución.

211. GARCÍA PITA, J.L.-Descuento bancario y descuento documentario..cit, pág.187. Señala “En el descuento documentario la cesión de los títulos representativos de las mercancías debe hacerse en plena titularidad, bien entendido que sólo otorgan la posesión de las mercancías representadas, dependiendo la titularidad concreta de estas del concreto negocio causal existente entre las partes conforme a la teoría del título y el modo.

2.- El banco tiene un conocimiento del contrato subyacente, a través de la documentación que recibe, lo cual puede permitir la presencia de la previsión legal del "*a sabiendas*", contenido en los artículos citados.

c) En el descuento basado en documentos y recibos normalizados, que quedan al margen de los títulos cambiarios, pueden distinguirse a la vez dos situaciones:

1.- La de aquellos que vienen a integrar partidas correspondiente del debe o haber de una cuenta de crédito amparada por las correspondiente póliza, tienen una especial configuración²¹², con la problemática anteriormente examinada, permitiéndose en consecuencia integrarlos en un título ejecutivo específico del art.1435).

El banco podría obtener un despacho de ejecución por el saldo resultante de la cuenta, en los términos que tuvimos ocasión de contemplar, pero puede originar una situación muy especial si el ejecutado se opone alegando la inexactitud del "quantum" reclamado, por inexistencia o irregularidad de los cargos o "recibos" que han sido incluidos en aquella cuenta, porque la simple alegación de este motivo de oposición obligará a la entidad bancaria a tener que probar la exactitud de las partidas, con los documentos correspondiente, justificativos del asiento deudor.

212. GARCÍA PITA J.L.-Contrato de descuento y cuenta corriente bancaria..cit., pág.341."Tanto la jurisprudencia como la doctrina han venido guardando silencio sobre la cuestión limitándose a aceptar la validez de un descuento verificado mediante abono contable de la suma a entregar por el banco sobre consideraciones exclusivamente económicas-la equivalencia práctica de la disponibilidad en cuenta corriente y la posesión material de dinero efectivo-apoyadas en un fundamento jurídico que atendía exclusivamente a la interpretación de la voluntad de las partes; en concreto, la del cliente que asentía tácitamente a los abonos contables".

El tema no es pacífico, ya que por un lado puede sostenerse que el actor solo está obligado a probar los hechos constitutivos de su derecho, y en aquellos casos como el presente en los que no es necesario transcribir la razón de las partidas del debe y haber que integran el saldo, ni la mención a la causa, debe presumirse que ésta es lícita y ha llegado incluso, a hablarse de una inversión de la carga de la prueba, de manera que aunque dicha presunción es destruible, tendría que aportar esta pruebas quien las alega en este caso el ejecutado.

Pero lo cierto, es que si esto fuera así, ese ejecutado tendría que probar un hecho negativo, que la partida tal no existe, lo cual es imposible, por cuyo motivo deberán justificarse tales “recibos”, que son los únicos que pueden acreditar la provisión, que viene a ser el medio constitutivo de la obligación de pago en los títulos causales (STS, Sala I^o, de 9 de junio de 1992)²¹³.

2.-Cuando los “recibos” no se integran en una cuenta corriente de crédito, sería preciso acudir al declarativo correspondiente, en el que no cabe duda que deberán acreditarse todos y cada uno de ellos.

213. “La demandada, podía en este caso excepcionar con base en el contrato causal que dio lugar a los denominados, en los propios documentos, recibos, que fueron cedidos por M.C. al banco actor, pues nos hallamos ante unos títulos atípicos, formalmente no ajustados a la normativa cambiaria, y en cuanto a la carga de la prueba, sucede que no se trata, en puridad, de una alegación de falta de causa, como elemento esencial del contrato originario, sino de que oponiendo la demandada que no fueron suministradas las mercancías para cuyo pago se libraron los recibos, ha de contemplarse este incumplimiento de la cedente, lo que en modo alguno infringe la presunción del art.1277 del código civil, y siendo así la Sala de instancia ha entendido que incumbía al banco actor probar el suministro que se había realizado, ya que se trata de un elemento constitutivo de la obligación, tanto más, cuando lo contrario implicaría exigir la prueba de un hecho negativo, con la dificultad que ello supone” (STS 9.6.92).

En la práctica han surgido dificultades derivadas de que el banco remitió en su día el original de dichos recibos junto con el cargo correspondiente. Y si aquel ya está en poder del cliente deudor, difícilmente podrá acreditarse.

Estos problemas pueden resolverse haciéndose un duplicado por el banco, que lo conservará a estos efectos. No hay que olvidar que el documento objeto de descuento es justificativo de una cesión de créditos que se va produciendo desde quién lo emite hasta sus destinatario. Las entidades bancarias y financieras, asumen una serie de obligaciones a cambio de la comisión que cobran, y que impone obligaciones y por supuesto responsabilidades, que pusimos de manifiesto al referirnos a las tarjetas de crédito, y que pueden darse por reproducidas para evitar repeticiones.

IV.

***CRÉDITOS BANCARIOS
Y LEGISLACIÓN DE CONSUMO***

INCIDENCIA EN MATERIA DE EJECUCIÓN PROCESAL

En esta materia hemos de tomar como punto de partida el art.51.1 de la CE en el cual se recoge un principio rector de política social y económica, en el sentido de que los poderes públicos han de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo mediante procedimientos eficaces, los legítimos intereses de los mismos. Asimismo su art.53.3 establece su trascendencia informadora de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo establecido en las leyes que lo desarrollen.

Para dicho desarrollo legislativo se optó por la promulgación de una Ley general en consonancia con los principios y directrices vigentes en esta materia en la Comunidad Europea, conocida con el nombre de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/84 de 19 de Julio, que apareció según *VICENT CHULIA*²¹⁴ “como una

214. VICENT CHULIA, F.- Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Tomo 1, Vol. 1, Edi. Bosch, 3ª ed., Barcelona 1991, pág. 17.

cuña que se introduce en el ordenamiento jurídico...haciendo posible una eficaz política de defensa de los consumidores y usuarios,” y que pretendía dar cumplimiento a un triple objetivo: “ el establecimiento de procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios, así como la disposición del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo y declarar los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias, habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.”

Como punto de partida no estaba mal, aunque hubiera resultado más satisfactorio, como han tenido ocasión de señalar algunos autores²¹⁵, haber acudido a leyes sectoriales, que particularmente regularan los instrumentos de protección específicos para cada tipo de relación jurídica, pero como hemos visto tal no fue la alternativa escogida y en su lugar nos encontramos con un texto legal, con preceptos demasiado generales y ambiguos²¹⁶, que dejaban muchos aspectos sin solución, a la espera de una reglamentación posterior, que sigue resultando deficitaria²¹⁷ y nada beneficiosa

215. AZORIN RONCERO, J.- La Ley General de Protección de los Derechos de Usuarios y Consumidores. Operaciones Bancarias, en “RGD”, 1985, pág.2116; RIVERO ALEMÁN, S.- Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor, Edi. Aranzadi, Pamplona 1995, pág.64; GARCÍA AMIGO.- La defensa de los Consumidores desde el Derecho privado, en “RDPriv” 1985, pág.395 y sig.

216. GARCÍA CANTERO, G.- Ventura y desventuras del art.10 de la Ley general de Defensa de Consumidores y Usuarios, en “AC”, núm.22, 1991.

217. RIVERO ALEMÁN.- Disciplina del Crédito bancario y protección del consumidor.cit., pág.64.

para la seguridad del tráfico y que ha contribuido a su ineficacia de cara a una adecuada protección de los derechos económicos de los consumidores por inaplicación durante muchos años de sus preceptos en la práctica²¹⁸.

Lo cierto, es que esta Ley viene a incidir en la reglas generales de contratación desvirtuando el principio de libertad contractual del art. 1255 del CC al establecer en su artículo 2 el llamado orden publico del consumo, y estableciéndose en su artículo 10 un control en el equilibrio de las prestaciones con cláusulas de nulidad y anulabilidad que al afectar a la vida del contrato tendrán el evidente reflejo procesal.

a) *Ámbito subjetivo:*

Lo primero que habría que determinar sería si toda esta normativa en materia de consumo es aplicable a todos los supuestos de contratación bancaria atendiendo a las partes contratantes o lo es solo a parte de ellos, para lo cual hemos de acudir al art.1º.2 de aquella legislación que establece claramente que a los efectos de esa ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales bienes o servicios de cualquier naturaleza.

Pero, como señala correctamente la sentencia del Tribunal Constitucional tantas veces citada de 10 de febrero de 1992, se niega la condición legal de usuario a quienes reciban los servicios de entidades de crédito con el fin de

218. MARTÍNEZ PASTOR.- La póliza de crédito. Ejecución y oposición..cit., pág.195.
MOXICA ROMAN.- Las pólizas bancarias. Ejecución, oposición y prelación..cit, pág.52.

integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de tercero, ya que el mismo art. en su párrafo tercero establece una delimitación negativa excluyendo de la consideración de consumidor o usuario a "*quienes sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios..*", con tales fines.

Diferente, por configurar un concepto menos restrictivo, es la regulación contenida en el art.1 de la Directiva 87/102/CEE de 22 de Diciembre de Crédito al Consumo, modificada por la Directiva 90/88/CEE, en el proyecto del Ley de transposición de la misma y en la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, para las cuales el consumidor es aquella "*persona física que en la relación contractual actúa al margen de su profesión u oficio*", excluyendo de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas²¹⁹. Y en el programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores de 14 de Abril de 1975 se amplía el concepto de consumidor a toda "*persona interesada en los diversos aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor*".

A pesar de que no exista un concepto unitario de consumidor entre los legisladores, ni siquiera entre la doctrina²²⁰, debe de quedar clara la idea de que esta legislación va dirigi-

219. Vid. BOTANA GARCÍA, G.A.-Noción de Consumidor en el Derecho Comparado, en "Estudios sobre Consumo", núm.18, 1990; -Incidencia de los instrumentos de Derecho Comunitario en la protección de los consumidores, en "AC", núm.3, 1993.

220. RIVERO ALEMÁN, S.- Disciplina del crédito bancario...cit.,pág.145.

da exclusivamente a la protección del ciudadano como destinatario final²²¹. La Carta de protección del consumidor del Consejo de Europa (17 de Mayo 1973) lo define "como la persona física o jurídica a la que se le proporciona generosos servicios para su uso privado", girando siempre la noción de consumidor en función de ese destino final y uso privado²²².

Por lo expuesto anteriormente se deduce que la contratación bancaria resulta afectada por la LGDCU siempre y cuando quien contrate con la Entidad de Crédito, como suministrador de servicios financieros, sea un consumidor o usuario en los términos fijados por dicha ley, es decir en función de la finalidad concreta a que se destine el servicio. Además, en la misma, se hace mención expresa al sector crediticio en su art.10.1.c.4º y 7º.

La Sentencia de la AP de Madrid (sección 6ª) de 7 de julio de 1993 viene a recoger la doctrina de que la legislación de consumo "no parecen ser aplicables cuando el obligado es comerciante obteniendo el préstamo o crédito para sus actividades empresariales", porque viene excluido de la condición de consumidor antes indicada.

Sin embargo en esta materia debemos de actuar con cautela y con prevalencia de una interpretación finalista con el fin de evitar que las previsiones de la ley puedan desaparecer, en el sentido de que existen una buena parte de empre-

221. REYES LÓPEZ, M.J.- A propósito de la inclusión de cláusulas dejadas al arbitrio de una sola de las partes contratantes..., en "RGD", 1991, pág.5809 y sig. Especificando que "son adquirentes finales, tanto las personas físicas como las jurídicas, siempre que la utilización que hicieren de los productos, bienes muebles o inmuebles, actividades, servicios o funciones queden al margen de la actividad productiva."

222. RIVERO ALEMÁN, B.- Disciplina del Crédito Bancario...cit, pág.39 y sig.

sarios y pequeños comerciantes que no cabe duda que pueden destinar su crédito a actividades empresariales pero que se pueden dar todas y cada una de las circunstancias previstas en la ley para evitar abusos.

Ellos no están a salvo de prácticas abusivas y pueden dar al crédito un destino similar o parecido al de cualquier particular. Por ello nos inclinamos por una interpretación restrictiva en el sentido de que para concretar en cada caso esta exclusión deberíamos de estar no solo a la simple consideración de empresario sino también a las circunstancias objetivas del destino, finalidad y utilización del crédito. Porque parece muy claro que esa calidad empresarial no puede eliminar por si sola las previsiones de la ley de consumo con respecto de ese amplio sector.

b) ámbito objetivo:

Todo tipo de prestaciones y servicios bancarios quedan afectados por la LGDCU.

Las Entidades de Crédito tienen una serie de obligaciones impuestas por diferentes disposiciones como en la Ley 26/1988 de 29 de Julio sobre disciplina e intervención de las Entidades de Crédito²²³ ampliada por Ley 3/1994 de 14 de

223. A su vez en su art.48.2 se faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para dictar normas que afecten a las relaciones entre Entidades de crédito y su clientela, sin perjuicio de la libertad de contratación a fin de "proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las Entidades de Crédito". En este sentido es de destacar la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 en relación con la fijación de tipos de intereses y comisiones, normas de actuación e información a clientes, y publicidad de las entidades de crédito y la Circular que la desarrolla nº8 del Banco de España de 7 de Septiembre de 1990 y la O.M. de 3 de Marzo de 1987 por la que se crea el Servicio de Reclamaciones del Banco de España y la Circular 15/1987 de 7 de mayo que la desarrolla.

Abril, de adaptación a la legislación española en materia de entidades de crédito a la 2ª Directiva de Coordinación bancaria (89/646 CEE), en orden a la información contractual y precontractual derivada de toda esta materia²²⁴.

Por su parte la LGDCU establece en su art.10.1.c doce supuestos considerados como conductas prohibidas por ser contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones.

En relación con el tema que nos ocupa, haremos mención de aquellas que más nos interesan:

1.- Cláusulas que otorguen la facultad discrecional de resolver el contrato a una de las partes.

2.- Las cláusulas abusivas: entendiendo por tales las que resulten no equitativas, desproporcionadas, o desequilibradas al relacionar los derechos y obligaciones del consumidor²²⁵.

224. AGUILAR CANOSA.- La responsabilidad de las Entidades de crédito en España versus países de la Unión Europea, en "LA LEY", Núm.3838 de 4 de Agosto de 1995, pág.2.

225. MUÑOZ JIMÉNEZ, F.J.- Problemas interpretativos del párrafo cuarto del art.1435 de la LEC, en "Cuadernos de Derecho Judicial", Juicio Ejecutivo, Publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pág 273. Considera como preocupantes y lesivos para los intereses de los usuarios los siguientes pactos: "a) Pacto de capitalización de intereses de demora, con previsión de liquidaciones de periodicidad trimestral o, incluso, mensual; b) concesión a la entidad del derecho de cancelar con antelación depósitos a plazo de la titularidad del deudor, a fin de compensar su importe con el de la deuda; c) algunas de las hipótesis que permiten a la entidad anticipar el vencimiento del crédito y que rozan la prohibición del art.1256 del CC; como por ejemplo, la producción de hechos "que hagan desmerecer, a juicio del banco, la solvencia moral o material" del cliente; d) consideración del año como compuesto de 360 días solamente al objeto de calcular el importe de réditos pactados a tipo anual, pero que se devengan a diario; e) autorización para cargar letras y efectos descontados, cuyo vencimiento todavía no se ha producido, sin retroceder los intereses y comisiones cobrados en el instante del descuento; esto es, proceder al adeudo, por su importe nominal, de efectos descontados y no vencidos; y f) compromiso por parte del prestatario de no impugnar en el juicio ejecutivo la liquidación bancaria, sin perjuicio de poder hacerlo en vía declarativa; cláusula ésta a la que ha reconocido validez y eficacia una sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de octubre de 1990."

No obstante conviene distinguir entre las cláusulas abusivas y las cláusulas nulas ya que no todas las primeras pueden acceder a la nulidad que solo lo serán cuando originen un verdadero desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (art.10.3 de LGDCU). Tal es lo que puede ocurrir con las cláusulas penales que como especial acuerdo negocial que se anuda al negocio constitutivo básico pueden ser validas lo que de forma inexcusable deberá ser examinado después por el tribunal moderando incluso sus consecuencias²²⁶.

3.- Las condiciones abusivas del crédito.

4.- Los incrementos de precio por recargos, accesorios, servicios, financiación, aplazamiento, indemnizaciones y penalizaciones que no correspondan a una prestación adicional, susceptible de ser aceptada o rechazada en cada caso y expresada con la debida claridad y separación.

5.-Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario, y en todo caso cuando se refieren a la utilidad esencial o cualidades del producto o servicio.

6.- La repercusión al consumidor o usuario de fallos, defectos o errores que no le sean directamente imputables, o de servicios que se ofrecieron gratuitamente por un tiempo determinado.

7.-La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

8.- La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales.

226. Ver en este sentido la SAP de Pontevedra de 12 de abril de 1996.

9.-La imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario reconocidos en esta ley.

De manera particular sería necesario destacar la necesidad de:

1) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

2) Entrega, salvo renuncia del interesado, de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación.

La Sentencia de la AP de Madrid (sección 11ª) de 25 de octubre de 1994 señala que cuando la entidad bancaria ejecutante incorpora al contrato con posterioridad a su celebración un nuevo texto, perjudica o puede perjudicar evidentemente los mandatos legales antes expresados.

c) trascendencia procesal:

1).- Competencia.

La renuncia al fuero propio y sometimiento a la competencia de los juzgados y tribunales del domicilio que interese a las Entidades de crédito puede constituir una estipulación prohibida por el art.10.1 de la LGDCU²²⁷.

Sin embargo y en la actualidad y después de la redacción al art.1439 de la LEC por la Ley 10/92, prohibiendo la sumisión expresa o tácita, dejaría escasas posibilidades de actuación a dicha renuncia.

227. En este sentido, RIVERO ALEMÁN.- Ob.cit., pág.265.

2).- Nulidad y eficacia ejecutiva.

Mas importancia tienen las normas relativas a la nulidad y anulabilidad de las pólizas o contratos bancarios de todo tipo, en virtud de disposiciones concretas contenidas en la legislación de consumo.

El art.10 de la LGDCU no es muy claro, porque recoge en el punto primero una serie de supuestos contrarios a la buena fe y equilibrio de las prestaciones, alguno de los cuales hemos mencionado anteriormente, y que tienen un desarrollo trascendente y progresivo en las directivas comunitarias²²⁸, que en principio constituirían supuestos de anulabilidad y como tales solo planteables como motivos de oposición en los juicios declarativos ordinarios pero no en el juicio ejecutivo²²⁹.

Sin embargo en el punto cuarto del citado art.10 se dice que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, prohibiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos, resultando así una confusión evidente y con trascendencia procesal porque todas las nulidades de pleno derecho entrarían dentro de los motivos de oposición esgrimibles dentro del juicio ejecutivo al amparo del art.1467.1.

228. BUESO GUILLEN.- Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva Comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en "RDBB", julio-septiembre 1995, pag.654 y sig.

229. En este sentido se pronuncio la Audiencia provincial de Barcelona en Sentencia de 13 de Junio de 1990 señalando en su fundamento 5º que "la invocación que el recurrente hiciera en el acto de la vista de la Ley General para la Defensa del Consumidor, resulta inatendible, no solo porque no fue alegada la tiempo de formalizar oposición, sino porque no puede serlo dentro de un proceso sumario y no plenario en el que las causas o motivos de oposición están limitados".(RGD, En-Frebr.1991, pág. 581).

Es evidente que el juez antes de despachar una ejecución tiene la obligación de examinar la adecuación y corrección del título ejecutivo en virtud del cual se pide y podría denegarla cuando de una forma clara y "*prima facie*" resulte la palmaria infracción de aquellas normas en el sentido antes determinado por el punto 4 del art.10. Y en consecuencia sería también clarísima la oportunidad de que el ejecutado las alegase como motivo de oposición cuando entienda que son procedentes.

Por eso tenemos que mostrar nuestra disconformidad con la declaración de esa conocida y tan citada sentencia del TC de 10 de febrero de 1992 cuando en su fundamento duodécimo dice que "*con carácter preliminar es preciso subrayar que estas disposiciones son ajenas a juicios ejecutivos iniciados por entidades de crédito contra empresarios y comerciantes*", por entender que de acuerdo con aquella limitación subjetiva a la que antes nos referíamos solo puede aplicarse a los destinatarios finales y es muy claro que un empresario o un comerciante puede ser un destinatario final²³⁰.

Pero pensemos en aquel pequeño comerciante que ha solicitado un crédito para la mejora de sus instalaciones, en cuyo caso no aparece razón alguna para su eliminación y es un consumidor de crédito bancario en el más amplio sentido de la palabra.

Esta nueva legislación está ahí, y obliga a tenerla presente en esta materia de ejecución de créditos bancarios porque

230. Por su parte la Audiencia provincial de Madrid en Sentencias de 17 de Abril de 1989 o 10 de Marzo de 1990 reconoce la posibilidad de aplicar dicha normativa a los juicios ejecutivos e incluso a pesar de que sea una sociedad anónima la ejecutada.

es preciso poner en conexión todo el tradicional sistema u orden procesal con la legislación de consumidores. Como en todos aquellos casos en los cuales tenemos delante un panorama novedoso existe cierta resistencia en la práctica de los tribunales a su aplicación²³¹, no obstante hemos encontrados casos en los que se reconoce esta realidad tal es el supuesto de la sentencia de 25 de octubre de 1994 de la AP de Valencia en la que se señala:

“Hoy en día las propias exigencias de la sofisticación del sistema económico, han obligado a interrelacionar el clásico derecho mercantil de productores, con un derecho tuitivo de los consumidores, cuya expresión jurídica en nuestro ordenamiento está constituido por la ley 26/1984, de 19 de Julio. Ello nos permite separar la temática de los requisitos de la eficacia ejecutiva de la intervención del fedatario mercantil, de los requisitos de la eficacia ejecutiva de un contrato mercantil sometido a la Ley General de Defensa de los Consumidores y usuarios como lo es sin duda la póliza litigiosa al reunir la demandada las exigencias que tipifica el art.1.2 de la precitada ley.”

231. MARTÍNEZ PASTOR.- La póliza de Crédito...cit., pág. 198. Señala: “Ante el desdén de gran parte de los Tribunales por esta Ley ordenadora de nuestra legalidad, que tal vez se deba en gran parte a que los abogados de los demandados de ejecución no se han acogido a sus preceptos para oponerse a la prestación de la acreedora, lo que ha motivado la pasividad de los Tribunales; y cuando no ha existido ésta, han optado por una interpretación contraria a la voluntad del Legislador como por ejemplo en la sentencia de la E.A.P. de Murcia en su Sección tercera de 20 de marzo de 1990(Ponente el Ilmo. Sr. Martínez Pérez) en la que se mantiene la liquidación practicada por el Corredor<<no puede tacharse de ineficaz e inexistente basándose en los derechos reconocidos en la Ley 26/1984 de 19 de Julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ni menos catalogarse de anti-constitucionales dichos artículos, pues es significativo que el artículo 1435 de la LEC, en el particular de la liquidación coincidente con la Orden de 21 de abril de 1950, fue redactado con posterioridad a la Constitución según la Ley 34/84 de 6 de agosto.”

En el caso concreto recogido por la sentencia anteriormente citada, entiende que al haberse ejecutado a la ejecutada y lesionado los derechos reconocidos en la ley de consumidores, el darle efectos ejecutivos a la póliza supondría infringir los preceptos referidos porque la garantía de la ejecutividad no es sino un añadido al contrato, una cláusula de garantía de cumplimiento sometida a todas las normas jurídicas, señalándose así mismo, acertadamente, que dicha nulidad puede hacerse valer no solamente en los juicios ejecutivos sino también en los declarativos ordinarios.

La Sentencia de la AP de Sevilla (sección 6ª) de 4 de mayo de 1994 recoge también el supuesto de nulidad del número 1 del art.1467 de la LEC porque:

“ devenían viciadas de nulidad las cláusulas 3ª y 7ª en relación con la 2ª de ella en tanto que no se consignó en la primera , precisa puntual y concretamente con expresión numérica, el tipo de interés del préstamo y porque no se puede apreciar detalladamente, en consecuencia, el de demora reseñado en la segunda; todo ello, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.4 en relación con el 10.1.a) de la Ley 26/1984 de 19 de julio para la defensa de los consumidores y usuarios.”

Así mismo el Auto de la Secc.1ª de la AP de Toledo de 20 de febrero de 1995 califica de abusiva y en cuanto tal, nula, la cláusula insertada en el contrato de préstamo personal según la cual: “la liquidación del préstamo practicada por la Caja Postal al vencimiento o antes de éste, hara fe en juicio, y a ella se someterá el interesado, considerandose líquida la cantidad resultante, a los efectos de la Ley de Enjuiciamiento Civil”:

“Y ello es así porque, en primer lugar, el contrato de préstamo se celebró por medio de un condicionado general cuyo clasusulado fue redactado unilateralmente por la entidad bancaria ejecutante, como es habitual en ese sector del tráfico jurídico; en segundo lugar, el prestatario es un consumidor en el sentido del artículo 1.2 de la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues en ningún lugar del contrato se hace alusión, como suele hacerse cuando así ocurre, a que la cantidad prestada sirva para un destino industrial, comercial o mercantil, esto es, que se incorpore a un proceso productivo ulterior; y en tercer lugar, el artículo 10.1c) de la mencionada Ley considera abusivas las clausulas incluidas en condiciones generales de la contratacion que supongan una “inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario”, así como las que “perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores o usuarios, vicio en que incurre la clausula que nos ocupa al privar absolutamente al prestatario de toda posibilidad de discutir la cantidad que resulta de la liquidación practicada unilateralmente por la entidad bancaria ejecutante, y más todavía, al configurar un sistema de liquidación distinto al previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y claramente perjudicial para los intereses del prestatario.”

En definitiva no es más que la apreciación de extremos y condiciones que la buena fe y el justo equilibrio de prestaciones exige y que son los que inspiran precisamente esta progresista legislación.

Sin embargo el tema presenta dificultades derivadas, no solo de aquellas limitaciones subjetivas a que antes nos referíamos, sino también de la naturaleza del propio procedimiento ejecutivo:

a) Por aquellas limitaciones subjetivas, la sentencia del TC de 10 de febrero de 1992 entiende que la legislación de consumo no es aplicable a los juicios ejecutivos iniciados por entidades de crédito contra empresarios y comerciante porque dicha legislación limita su eficacia protectora a quienes utilizan los servicios bancarios como destinatarios finales negando la condición de usuarios a quienes no utilicen los créditos en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros²³².

Ya hemos anticipado anteriormente nuestra opinión en orden a la exclusión automática del empresario o comerciante porque pueden concurrir supuestos en los que por no ir precisamente destinado el crédito a la producción, transformación, ni comercialización de productos, porque es evidente que su destino puede estar perfectamente no comprendido en ninguno de estos conceptos, entonces decimos que la exclusión no estaría tan clara y deberá actuarse en esta materia distinguiendo casos y supuestos. En este sentido mecere citarse la sentencia de la AP de Madrid (sección 10ª)

232. En el mismo sentido la SAP de Castellón de 7 de mayo de 1992 que señala que "Desde esta perspectiva, la consideración de que el servicio prestado por la entidad bancaria apelante a la mercantil demandada en el juicio ejecutivo no fue sino el otorgamiento de un crédito para la negociación de letras de cambio y otros efectos mercantiles generados lógicamente por el desenvolvimiento de la actividad de ésta y cuyo producto, que no era sino el dinero líquido resultante del descuento de efectos, no podía tener otra finalidad o destino que el de integrarse en el proceso productivo de la mercantil CC,SA; aboca a la conclusión de que no puede otorgarse a ésta la consideración legal de consumidor, lo que impide a su vez que pueda ampararse en el contenido de la citada ley."

de 17 de abril de 1989 que recogió el supuesto de ser la ejecutada una sociedad anónima, entendiendo que en cuanto consumidora de bienes y servicios viene también protegida por esta legislación. Y en el mismo sentido la Sentencia de la misma sala de 10 de marzo de 1990.

b) Se ha sostenido la teoría de que las excepciones que pudiesen derivar de la legislación de consumidores no pueden aplicarse dentro del ejecutivo porque es un juicio sumario y en el las causas o motivos de oposición están limitados. Así se expreso en la Sentencia de la AP de Barcelona (sección 13) de 13 de junio de 1990.

Postura que no compartimos porque dentro de los motivos de oposición que son admisibles en el juicio ejecutivo, dentro del art.1467 de la LEC se permiten dentro de dicho ámbito sumario las cuestiones que afecten a la nulidad de título o la obligación, y es precisamente por esta vía por la que penetra la legislación de consumo dentro del juicio ejecutivo, y de hecho existen resoluciones que así lo admiten, como la antes citada de la AP de madrid de 17 de abril de 1989.

También habría de tenerse presente las directivas comunitarias referentes a materia de consumo, que tratan de velar por una equivalencia de prestaciones entre las partes buscando una cuidadosa aplicación de las cláusulas contractuales, que sin duda habrán de ser examinadas con el cuidado requerido a la luz de las circunstancias de cada caso²³³.

233. Es de destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de Marzo de 1996 que decidió sobre una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla sobre la interpretación de los artículos 129 A del Tratado CE y 11 de la Directiva 87/102 CEE del consejo de 22 de diciembre de

1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, y que se suscitó en un litigio promovido por la Sociedad financiadora del Corte Ingles en reclamación de cantidades dejadas de abonar por un cliente, el cual había concertado un contrato de viaje turístico con la agencia del Corte Ingles y para cuyo abono parcial concertó un crédito con dicha sociedad financiadora, la cual tiene atribuida en exclusiva los préstamos concedidos a los clientes de la agencia de viajes en virtud de un acuerdo existente entre las dos sociedades. El cliente se opuso a dicha reclamación alegando el incumplimiento del contrato por parte de la agencia de viajes y el órgano nacional consideró que el apartado 2 del artículo de la Directiva permitía a la consumidora accionar frente a la sociedad financiadora, independientemente de que la demanda hubiese sido interpuesta por ésta, puesto que los derechos pueden invocarse tanto por vía de acción como de excepción. Sin embargo observó que dicha Directiva no había sido adaptada al Derecho Español, apesar de haber transcurrido el plazo para tal efecto y que el resultado perseguido por dicha disposición no podía alcanzarse mediante una interpretación conforme al Derecho Nacional. Y por tanto se cuestionaba la posibilidad de que si en base al art. 129 A del Tratado CE, que establece el principio de un alto nivel de protección de los consumidores, podía tener alguna incidencia sobre el efecto directo entre particulares del artículo 11 de la Directiva. El Tribunal de Justicia se pronunció en sentido negativo alegando que "el art. 129 A, que se limita a asignar a la Comunidad un objetivo y a atribuirle competencias a tal efecto sin establecer, por lo demás, ninguna obligación a cargo de los Estados miembros o de los particulares, no puede justificar la invocabilidad directa entre particulares de disposiciones claras, precisas e incondicionales de Directivas relativas a la protección de los consumidores a las que no se ha producido la adaptación del Derecho interno dentro de los plazos señalados. Por consiguiente el consumidor no puede basar en la propia Directiva una acción dirigida contra un concedente de crédito, persona privada, a causa de incumplimientos en el suministro de bienes o en la prestación de servicios e invocar este derecho ante un órgano jurisdiccional nacional". Añadiendo que "Por lo demás, en el supuesto de que no pudiera alcanzarse el resultado exigido por la Directiva por vía interpretativa, debe recordarse que, según la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec.p. I-5357), apartado 39, el Derecho Comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su Derecho interno a lo dispuesto en una Directiva, siempre y cuando concurren tres requisitos. Primero, que el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido (Sentencia Faccini Doris, antes citada, apartado 27)."

V.

***ESPECIAL CONSIDERACIÓN
DE LA USURA***

La conocida y arcaica Ley de Azcarate de 23 de julio de 1908, surgió para poner orden y límites a una situación existente en el momento, protegiendo esencialmente al prestatario, y fue en consecuencia innovadora en la protección del consumidor²³⁴.

En la misma se dispone que :

“ Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulta aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos.”

234. Ver GARCÍA CANTERO.-Préstamo, usura y protección de consumidores en “AC”, Tomo I, 1989, pág.208 y sig.

Evidentemente si tratásemos de aplicar esta legislación a la realidad actual, y mucho más a la pasada en la que llegaron a estar admitidos por el Banco de España intereses hasta del 25%²³⁵, nos encontraríamos con que la contratación bancaria sería nula en bloque, por este motivo la posición actual de la jurisprudencia es la de clasificar los contratos por razón de la usura en tres clases:

a) Los que establezcan un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

b) Los pactados en condiciones tales que hagan el contrato leonino(ventajas solo para el prestamista), habiendo motivos para estimar que se ha concertado a causa de la situación angustiosa del prestatario, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

c) El de los contratos en que se declara recibida por el prestatario mayor cantidad que la que le ha sido entregada²³⁶.

Los Tribunales según la Ley de Azcarate resuelven según los casos²³⁷, a la vista de las alegaciones de las partes y la

235. La SAP de Cantabria de 26 de octubre de 1995 de refiere a la aplicación de unos intereses del 26% sin que en la misma se hagan alusiones a su carácter excesivo.

236. Vid. DE ÁNGEL YAGUE, R.- Comentario al código civil. Madrid 1991, Ministerio de Justicia, pág.318.

237. GARCIA CANTERO.-Ob.cit.,pag.210. Señala que "El T.S. ha considerado normal el interés del 11% pactado como cláusula penal(S.12 junio 1912); correcto, lícito y exigible el 12% del préstamo concertado para dar impulso y mayor desarrollo a la industria de los prestatarios(S.8 de febrero 1913, y 3 julio y 26 de noviembre 1959); normal, como regla, el que sea algo superior al legal y concretamente el 8% anual(numerosas S. desde 30 de enero 1917 al 7 de marzo de 1959). En cambio, ha considerado usurario, en determinadas circunstancias, el 10% anual(S.19 de octubre 1948), el 12% anual(S.13 noviembre 1916 y 18 de junio 1945), el 15% anual(S. 4 junio 1920 y 17 diciembre 1945), el 8% anual de interés compuesto(S.24 enero 1929, 30 junio 1940, 18 junio 1946, 15 enero 1949 y 28 abril 1953), el 5% mensual(S.30 de enero 1917) y el 6% anual de interés compuesto(S.31 de marzo 1942)."

jurisprudencia ha venido adaptándose a las directrices de la política monetaria considerando como normal por la Sala 1ª del TS “*hasta el 25,58%*”²³⁸.

Así mismo se ha planteado su no operatividad dentro del ámbito del juicio ejecutivo porque como señala la sentencia de la AP de Granada (sección 3ª) de 20 de julio de 1992²³⁹ es “*pre-*

238. Tal es el caso recogido por la Sentencia de AP de Madrid (sección 21ª) de 1 de diciembre de 1992 que señala que “Este Tribunal entiende de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, Sala 1ª en Sentencia de 25 de Abril 1989, 3 febrero 1989, 25 de febrero 1988, 24 mayo 1988 y 11 de noviembre 1989, sobre la aplicación de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908 a un préstamo bancario, que para la determinación del carácter usurario o no del interés de un préstamo, la Ley de Usura huyó deliberadamente de todo criterio cuantitativo, en este sentido del art. 1º de la Ley no considera usurario el préstamo en el que el prestamista percibe un interés elevado, cuantificado ya por el legislador, solo aquel en el que estipular un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulta leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales o en que se suponga recibida mayor cantidad de la entregada, y a la hora de determinar lo que sea interés superior la normal, no es posible limitarse a la consideración única de la cifra del mismo, hay acuerdo en la doctrina en entender necesaria a tal fin la valoración conjunta de una serie de circunstancias diversas, como son la remuneración normal del capital en la época en que se contrae la obligación, los índices de inflación monetaria el plazo durante el cual se presta el capital, la existencia o inexistencia, y entidad, de las garantías objetivas que aseguran el buen fin de la operación, y el destino en que va a emplearse el capital prestado, y en el presente caso descrita con anterioridad las circunstancias concurrentes en el préstamo, en el que los prestatarios conocieron desde el primer momento tanto el importe final y total del préstamo(60 mensualidades multiplicadas por 20.579 pesetas) como el importe mensual y anual resultante y la forma de cálculo, prescindiendo su expreso consentimiento, aun cuando tal préstamo para adquirir el automóvil devengara un efectivo interés del 25,58% a devolver en cinco años, tal interés no se considera usurario, atendidas las circunstancias concurrentes en el mercado en aquella fecha, sobre la concesión de préstamo por entidades bancarias para financiar la compra de automóviles, la aplicabilidad de la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, sobre la libertad en el pacto de intereses y el informe emitido por el jefe del Servicio de Reclamaciones y subjefe de los Servicios Jurídicos del Banco de España(folio 63), que en su conclusión final dice que en relación con los hechos que motivan esta reclamación, no se observa la existencia de quebrantamiento de la normativa de disciplina o de las buenas prácticas y usos bancarios.”

239. En la misma línea se pronuncia la SAP de Badajoz de 5 de Marzo de 1996 en su F.J.6º al señalar que “por último y con respecto a que la póliza de crédito debía

cisa una declaración previa de nulidad que en proceso de ejecución no se puede hacer sin desorbitar el contenido de la litis", teoría que no es a nuestro juicio correcta porque en su aplicación nunca podría tenerse en consideración el art.1467 de la LEC, que permite la aplicación directa de temas de nulidad como excepción o motivo de oposición propio del juicio ejecutivo. A mi juicio la mayor dificultad de operatividad viene dada por la propia sociología jurídica del tema, ya que sin han llegado a considerarse normales aquellos intereses del 25,5%, las posibilidades de operatividad son francamente nulas.

La ley de Azcarate que evidentemente esta vigente, a pesar de su antigüedad es perfectamente aplicable y va en la misma dirección que la legislación de consumo²⁴⁰ de la que puede considerarse un buen antecedente lo que ocurre es que las posibilidades de aplicación están bastante limitadas conforme al uso indicado y sobre todo porque es una materia en la que domina el arbitrio judicial, y ya hemos visto por donde han ido las cosas²⁴¹.

reputarse como usuraria conforme a lo establecido en la Ley 23 julio 1908(NDL 30301), diremos que como muy acertadamente establece la juzgadora de instancia dicho motivo no puede prosperar por la vía de la excepción, pues ello implicaría un pronunciamiento que determinará si el préstamo es o no usurario y que llevaría aparejada en su caso la nulidad del contrato de préstamo lo que sólo sería factible mediante el correspondiente procedimiento declarativo (art.12 de la citada Ley de 1908) y no en un procedimiento de carácter sumario como es el elegido por el actor, pues no podemos olvidar que nos encontramos en un procedimiento ejecutivo que no crea excepción de cosa juzgada, lo cual facilita que el demandado pueda recurrir si lo estima oportuno para dilucidar sus motivos de discrepancia al procedimiento ordinario."

240. Vid. GARCÍA CANTERO.- Préstamo usurario. Se supone recibida mayor cantidad que la entregada. Nulidad radical. Nulidad de la novación condena en costas omitida y suplida por auto de aclaración., en" CCJC", núm.16,1988, pág.81 y sig.; - Préstamo, usura y protección de los consumidores ..cit, pág.205-216.

241. RODRÍGUEZ ESPEJO, J.- El interés en los préstamos bancarios. Anatocismo. Liquidación anticipada. Intereses remuneratorios y moratorios, en " RDBB", núm.21, 1986; RIVERO ALEMÁN.- Disciplina..cit., pág.292 y sig.; GARCÍA

Algunos autores propugnan la sustitución de esta vetusta legislación²⁴², porque realmente han evolucionado mucho las cosas desde que se promulgó, si bien la calificación de usurario viene a constituir un juicio de valor, que como señala la STS (Sala I^o) de 30 de diciembre de 1987, versa sobre un presupuesto fáctico, respecto del cual los tribunales gozan de una libertad de criterio, siendo su efecto el de la nulidad radical que no admite convalidación sanatoria.

Y desde luego a la vista de la evolución actual del interés deberán considerarse como excesivos e incluidos en esta legislación aquellos que por vigencia de redacciones contractuales antiguas apliquen aquellos intereses del 25% que hoy consideramos a todas luces inadmisibles.

CRUCES, J.A.- Contratación Bancaria y Consumo, en "RDBB", 1988, pág.259 y sig.

242. Vid. SABATER BAYLE, Isabel. -Préstamos con interés, usura y cláusula de estabilización. Pamplona 1986, pág.238.

VI.

***EL JUICIO EJECUTIVO
EN EJECUCIONES DE
CRÉDITOS BANCARIOS***

A) Consideración general.

En la historia del derecho procesal, el juicio ejecutivo aparece muy arraigado, en función a su propia razón de ser, como remedio a la lentitud del proceso declarativo²⁴³, porque se adapta bien a las exigencias del tráfico comercial, y por supuesto bancario, hasta el extremo de que en el derecho extranjero se llama documental y cambiario y de cheques²⁴⁴, porque encuentra en esta materia un campo de aplicación especialmente apto, al ser un fenómeno propio de todos los tiempos, el que el acreedor no pueda acudir a un procedimiento declarativo, que abra paso a la ejecución, y por eso legislativamente se refuerza el valor de documentos con cláusula de garantía(cláusula guarentigia) que permite al titular acudir directamente a la ejecución²⁴⁵.

243. PRIETO CASTRO.-Tratado de Derecho procesal Civil. Edi.Aranzadi, Pamplona 1982, Tomo II, pág. 93. Encuentra los precedentes mas antiguos conocidos en España en la Ley XVI del Ordenamiento sobre la administración de Justicia, dado por Pedro I a la ciudad de Sevilla en 1360, y en una Ley de Enrique III de 1396.

244. PRIETO CASTRO.-Tratado..cit.,pág.92.

245. CARRERAS LLANSANA.-Consideración general del juicio ejecutivo. En" Cuadernos de Derecho Judicial".Juicio Ejecutivo. Publicación del Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1993, pág.12.

En los capítulos anteriores hemos podido comprobar, como en el devenir históricos de los documentos bancarios hay una tendencia muy marcada a buscar la ejecución directa, marcando sus influencias las reformas legales en la materia y forzando la aplicación de convenios ejecutivos.

Por todo ello, en el momento presente tiene el juicio ejecutivo una evidente y progresiva aplicación, en materia de créditos bancarios, ostentando los Bancos y Cajas de Ahorros, la posición de ejecutantes, lo que otorga a los misma una cualificación muy especial, dado su fuerte poder económico, e incluso su especializada asesoría jurídica²⁴⁶, lo cual origina un evidente desequilibrio de fuerzas, en relación con el ejecutado, que precisamente lo es por su probable escasez de numerario

Sus características fundamentales son:

1.-Si bien todo título ejecutivo ha de ser reconocido como tal por un precepto legal, tienen una base contractual, que puede y debe reflejarse en las vicisitudes del procedimiento pues en suma se trata de la reclamación de una cantidad dineraria, surgida de un convenio con una entidad bancaria.

2.-Es apreciable una posición preponderante por parte del ejecutante, que además de disponer de un sistema jurídico procesal, establecido para favorecer la eficacia de su crédito, está muy bien situado económica y técnicamente.

246. Un grupo de abogados que trabajan en asesorías de banca, bajo la dirección de IGNACIO DIEZ PICAZO Y JULIÁN MARTÍNEZ SIMANCAS, han publicado bajo la rúbrica de "Estudios sobre derecho procesal". (Madrid 1996) una obra de varios tomos con trabajos diversos en la materia, alguno de los cuales aparece citado a la largo de nuestro estudio.

3.-El juez antes de despachar la ejecución habrá de examinar la documentación que constituye el título ejecutivo, comprobando:

- a) la identidad de las partes.
- b) Exigibilidad y, en su caso, pacto de exigibilidad.
- c) Liquidez y liquidación de la deuda.
- d) Intervención de fedatario y su contenido, cuando sea procedente.
- e) Adecuación de la cantidad por la que se solicita ejecución, y el título que la ampara.

4.-Se aprecian así mismo ciertas especialidades en materia de oposición y prueba.

B) *Demanda ejecutiva.*

La demanda ejecutiva se rige por las normas generales del art.1439 de la LEC, que a su vez se remite al art.524, y por eso no presenta ninguna particularidad en cuanto a su forma externa²⁴⁷.

Como señala *SERRA*, teniendo en cuenta la verdadera naturaleza del título ejecutivo, y sabiendo que es bastante su existencia para que se despache ejecución, no es necesario que en la demanda se analice la relación jurídica del título documentado²⁴⁸. Es cierto que el contenido de esta clase demandas se reduce fundamentalmente a pedir el despacho de ejecución²⁴⁹, aludiendo al título que la sirve de fundamen-

247. PRIETO CASTRO.-Tratado..cit., pág.110.

248. SERRA DOMÍNGUEZ.-Estudios cit., pág.526.

249. RAMOS MÉNDEZ.-Derecho procesal civil.cit., pág.1072.

to, su origen, cumplimiento de los requisitos de liquidez, vencimiento y fuerza ejecutiva.

En este momento procesal no sabemos si va a existir o no oposición, y el incidente declarativo que surgiría de la misma, para el cual tenemos que reservar, si fuere necesario, todas aquellas cuestiones que afectan a la causa, póliza bancaria, pagaré, etc.

Esta demanda, tiene por objeto convencer al juez de la existencia de un título para que despache ejecución²⁵⁰, y lo importante es destacar las exigencias legales precisas para conseguir que aquella se despache, porque en realidad esta demanda es una declaración de voluntad del ejecutante de que se proceda a la ejecución del título acompañado²⁵¹.

Evidentemente, dependerá de la clase de título, que se centra en tres tipos, letra de cambio, pagaré y póliza. Los dos primeros presentan menos problemas en este momento, ya que se incorporan a un solo documento y no se cuestiona su liquidez por figurar una cantidad determinada en el propio documento.

En torno las pólizas el tema es mas complicado y presenta variedad de matices. La STC 14/1992 exige que se presenten ante el juzgado los elementos de hecho y de cálculo imprescindibles para poder efectuar el examen inicial que exige el art.1.440, y estos pueden incluirse en la demanda o en la documentación acompañatoria o complementaria.

Cuando se trata de un contrato de simple préstamo bancario, la cuestión se simplifica porque no es necesario apli-

250. SERRA DOMÍNGUEZ.-Estudios..cit., pág.526.

251. SERRA DOMÍNGUEZ.-Estudios..cit., pág.527.

car el art.1435 en este sentido, aunque la liquidación de intereses puede originar problemas de saldo final, que en principio quedaran a criterio de la entidad ejecutante.

El título puede ser complejo en el sentido de estar compuesto por varios documentos e incluso con notificaciones, como en el caso de que la acción se dirija frente al fiador de una póliza bancaria, en cuyo caso exige el art.1435 de la LEC después de la reforma de 30 de abril de 1992, el acreditar haberle notificado previamente el saldo deudor, en las mismas condiciones que al deudor principal, sin que la disconformidad con el mismo manifestada en el acta notarial de aquella notificación, condiciona el despacho de ejecución²⁵². Y como es natural esta notificación debe acreditarse.

Han surgido algunos problemas en orden a su acreditación. Señala *TAPIA FERNÁNDEZ*²⁵³ que la jurisprudencia de las Audiencias no exige forma fehaciente²⁵⁴, basta que se practique por vía telegráfica o cualquier otra que demuestre que se ha llevado a cabo, y cita en apoyo de esta tesis la SAP de Madrid de 21.6.89, y la SAT de Barcelona de 22.12.87) y denuncia la falta de rigor en virtud de la cual en alguna ocasión, se ha entendido que no basta el justificar haberse emitido el telegrama, sino que es necesario justificar su recepción como lo hace la SAP de Barcelona de 22.12.89.

252. ORTIZ NAVACERRADA.-Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992, sobre constitucionalidad del art.1435 de L.E.C. que regula liquidación de pólizas y escrituras de crédito en cuenta corriente, en "AC", 1992, pág.295.

253. Procesos de ejecución...cit., pág.2.268.

254. Fehaciente, lo será cualquier documento que acredite que un dato determinado es auténtico, sin la necesidad de la intervención de fedatario. Ver.CORTES DOMÍNGUEZ.-Comentarios cit., pág.705.

Entiendo, que la fehaciencia debe exigirse siempre en el sentido de que el documento que acredite la notificación por sí solo produce prueba o es digno de crédito²⁵⁵, y por lo tanto no está en absoluta relación con la intervención de fedatario, en el sentido de que no sólo las actas notariales lo acreditan. Bastará con que documentalmente se acredite que se ha enterado el deudor o fiador, y deberá acompañarse si se ha hecho por telegrama el acuse de recibo del mismo, para evitar correr el riesgo de que se considere que el título no es correcto y la ejecución no se despache²⁵⁶, y en los casos en los el deudor se haya ausentado y no sea posible acreditar el recibo, puede valer el haberlo intentado, pues de otra forma se crearía para el ejecutante una situación sin salida²⁵⁷.

255. COUTURE.-Vocabulario jurídico.Buenos Aires 1988, pág.286. Define al término fehaciente "dícese de lo que por sí solo produce prueba o es digno de crédito."

256. En el mismo sentido, HERNANDO BAUTISTA.-La notificación del saldo deudor(artículo 1.435,último párrafo de la LEC).En "Juicio ejecutivo". Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1993.

257. En este sentido, la SAP de Alicante de 23.4.92 señala que " pero el examen de las actuaciones pone de manifiesto que por la parte ejecutante no se dio debido cumplimiento a lo prevenido en el art. citado(art.1.435 de la LEC) porque, con independencia de la forma en que debe practicarse la aludida notificación, que al no venir concretamente exigida debe admitirse en cualquiera que refleje constancia de la comunicación, por la sola remisión de los telegramas no puede entenderse que los fiadores a los que afectaban, tuvieran conocimiento de la posibilidad de iniciación del procedimiento ejecutivo, siendo necesario en estos supuestos extremar el celo de intentar de nuevo la notificación por el mismo medio o por otro cualquiera, y sólo en el supuesto de que después de agotados todos los medios razonables posibles la notificación no pudiera llevarse a efecto, por conducta rebelde de los interesados, conducta que no consta en el caso de autos, podría tenerse por cumplido el requisito legal, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa por la remisión por una sola vez de los telegramas. Por ello el auto impugnado, que denegó el despacho de ejecución contra los fiadores a los que no se había hecho la oportuna notificación debe ser confirmado, previa desestimación del recurso, a lo que no obsta la argumentación del apelante sobre las obligaciones de carácter solidario porque nos encontramos con la aplicación de una normativa especial en un procedimiento del mismo carácter."

Los títulos ejecutivos que se acompañaran a la demanda, son los originales, y el art.1.429.6 de la LEC exige la aportación de la póliza original²⁵⁸.

También se han de justificar en la demanda las circunstancias que justifican la legitimación activa y pasiva de ejecutante y ejecutado, que han de constar inexcusablemente en el título, aunque muy bien puede ser personas que traigan causa de los que en su día fueron obligados pero que, por ejemplo, al haber fallecido transmitirá a sus herederos esta calidad porque parece claro que el título ejecutivo no pierde su eficacia por el fallecimiento de alguno de sus titulares. En este sentido es de mención la SAP de Alicante de 15 de abril de 1995 que considera válida la citación de remate realizada en la persona de uno de los herederos forzosos con arreglo al art.807 del CC.

C) Despacho de ejecución.

Entiende muy acertadamente *CORTES DOMÍNGUEZ*, que despachar la ejecución significa admitir a trámite la demanda ejecutiva, y por consiguiente, dar inicio al proceso ejecutivo, siendo un examen provisional que se basa en la probabilidad o verosimilitud del derecho contenido en el título, nunca en la certeza²⁵⁹.

258. La SAT de Bilbao de 12 de diciembre de 1985: "A tenor de lo dispuesto en el art.1.429.6 de la LEC, sólo tendrán aparejada ejecución las pólizas de contratos mercantiles cuando se presenten originales con los requisitos legales y se acompañe a ellas la certificación exigida por la ley; no siendo originales o aportándose sin la documentación integradora del título, carecen de eficacia ejecutiva, quedando comprendidas en el supuesto contemplado en el art.1.440.3 de la LEC, en relación con el 1.467.2"

259. *CORTES DOMÍNGUEZ*.-Derecho procesal.Del autor con GIMENO SENDRA, y MORENO CATENA.cit, pág.140.

En este sentido es claro que el título reconocido como apto para despachar la ejecución, presenta una apariencia de derecho, suficiente para justificar el “*mandatum de solvendo*”, que el juez ha de emitir a la vista del mismo. Ya hemos visto como las peculiaridades que se presentan en los títulos surgidos de créditos cambiarios, como en este momento procesal, será difícil al juez conocer si la deuda es correcta, sobre todo en su montante, pues la liquidación se ha efectuado unilateralmente por el propio ejecutante, que tendrá interés en hacer figurar la que sea correcta, para evitar los riesgos y dilaciones de la oposición. Hay pues una apariencia que hace suponer la existencia del crédito²⁶⁰.

El título ha de ir revestido de unos requisitos extrínsecos que son los que aluden a los de carácter formal, y otros de fondo que afectan a la exigibilidad²⁶¹.

Estas circunstancias son las que aconsejan que el examen del juez no sea superficial, debe ser uno de los cometidos esenciales de los juzgadores²⁶², porque no es una simple resolución ordenatoria de admitir a trámite una demanda, sino que el juez ha de examinar cuestiones varias como:

1.-Su propia competencia objetiva y territorial. La reforma de ley 10/92 pretende actuar frente a las cláusulas abusivas de sumisión, recogidas en pólizas de crédito al uso, aunque no se consigue del todo ya que al señalar el lugar de cumplimiento de la obligación, podrá éste designarse libremente en el convenio objeto de escrituración bancaria. Ahora bien, podrá valorarse en este sentido la descoordina-

260. SERRA DOMÍNGUEZ.-Estudios..cit., pág.527.

261. CORTES DOMÍNGUEZ.-Del juicio ejecutivo.En Comentarios..cit. ,pág.715.

262. SERRA DOMÍNGUEZ.-Estudios cit, pág.529.

ción que pudiera existir entre el lugar de suscripción de la póliza, domicilio del interesado y sus negocios, para apreciar el abuso subsistente, en el caso de que por ejemplo se estipule como lugar de cumplimiento de la obligación en Madrid, cuando se concede en Oviedo a un industrial de esta localidad. Sería un convenio abusivo, que podría dar lugar a la aplicación del art.10 de la LGDCU.

2.-Si el título es típico, en el sentido de que legalmente este reconocida su aptitud para despachar la ejecución. Ya hemos visto los problemas que podrían surgir en supuesto derivados de créditos procedentes del uso de medios electrónicos, o de pactos ejecutivos de validez dudosísima a estos efectos. Ha de acompañarse el documento original del mismo, y siendo la póliza original, ésta ha de estar intervenida por fedatario, con la certificación de que la liquidación se ha practicado en la forma pactada²⁶³.

263. El AAP de Tarragona de 14 de febrero de 1991: "Si bien es cierto que el art.1429.6 LEC, no exige que la certificación extendida por el Agente de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio contenga todas las cláusulas de la póliza ni, como es práctica habitual en estos casos, que la certificación se extienda a continuación de una copia de la póliza en cuestión, no es menos cierto que por la propia finalidad del precepto si se exige que no haya lugar a dudas de la completa identidad del documento exhibido al fedatario para su cotejo, y en virtud del cual se acciona, y aquel al que se refieren los asientos correspondientes del libro registro y que para asegurar dicha identidad se requiere que consten a efectos de tal certificación una serie de circunstancias mínimas a las que ya se refería el reglamento para el Régimen Interior de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio de 27 de mayo de 1959 y, examinada la certificación de Autos, se observa que no figuran algunos de los datos precisos para individualizar plenamente la operación, a saber, el número de la póliza(número que, a mayor abundamiento se aprecia corregido en la póliza aportada), el objeto financiado, el interés pactado y la fecha de la póliza, lo cual unido a que en la póliza original figura la diligencia de intervención, pero no el tomo, folio, libro y asiento del Libro en que queda registrada aquella y a que el título, como señala el juez "a quo", se extiende en papel común, lo que no permite su identificación por referencia al número del documento, ha de concluirse que efectivamente la certificación no es apta para asegurar la total coincidencia del título registrado por el Agente y aquél en base al cual se pretende el despacho de ejecución."

Se ha planteado la cuestión de que no haya llegado a presentarse la certificación del saldo expedida en forma, entendiendo algunos autores²⁶⁴ que es un elemento integrador del título y que por lo tanto cuando no se presenta, no debe despacharse ejecución, mientras que otros²⁶⁵ entienden que la aportación del certificado no es obligatoria, y que las cláusulas admiten la posibilidad de liquidación certificada, pero no imponen la necesidad de redactar ese documento, porque la efectividad de esa norma está condicionada a la existencia de un convenio entre las partes contratantes en virtud del cual acuerdan que la cantidad exigible será la que se especifique en la certificación a confeccionar por la entidad acreedora con arreglo a sus cuentas, pero las partes son libres de estipular o no esta cláusula.

Estas son las consecuencias de la desafortunada redacción del conflictivo párrafo tercero del art.1435. La ley no impone para la certificación la garantía de la fe pública, tal como indicara el voto particular a la conocida sentencia del TC de 10.2.92. Lo que dice muy claramente es que el convenio de liquidez, puede ser el que se incluya en la certificación de la entidad acreedora, pero ya vimos que podía haber otros pactos, como la inclusión en un pagaré. Lo definitivo es que conste en un documento fehaciente que la liquidación se ha realizado en la forma pactada. Este documento puede ser un simple diligencia de conformidad por parte del deudor, pero siempre desembocamos en el documento fehacien-

264. CORTES DOMÍNGUEZ.- En Comentarios cit, pág.705.; DE LA OLIVA.- Nuevas consideraciones cit., pág.58.

265. CAMARA MINGO.- Prestamos bancarios: certificación de la deuda liquida a efectos de su reclamación ejecutiva. En "La Ley" 1987, núm.4, pág.1118 y sig.; MUÑOZ JIMENEZ.- Problemas cit., pág.279.

te, con lo cual las posturas anteriores señaladas no son tan contrapuestas como en principio parecen.

Y las consecuencias de esta dificultad es la de que las resoluciones de los tribunales son tan dispares, como la que señala que el fedatario, cumple comprobando simplemente el saldo del extracto que se le exhibe (SAP de Barcelona, Secc.13ª, de 13 de junio de 1990), y las que consideran que ha de proceder al estudio de las diversas operaciones y asientos nacidos de la póliza, junto con la liquidación y aplicación de intereses(SAP Valencia .S.6º,de 28 de marzo de 1990).

La solución que parece mas correcta como ya tuve ocasión de poner de manifiesto es la de considerar que la simple comprobación del saldo sería una actuación inocua e inoperante, y carecería en si mismo de justificación. Sin necesidad de que constituya una completa o auténtica prueba pericial, deberá realizar una somera comprobación de la actividad fundamental que el banco haya realizado para llegar a la cantidad líquida, siempre que se haya proporcionado elementos de juicio suficientes²⁶⁶.

3.-Si la deuda esta vencida, es líquida²⁶⁷, y exigible,

266. La SAP de Segovia de 31.12.92, considera que no se acreditó la liquidez de la deuda, al "no aportarse nota u hoja contable para explicar o justificar la cantidad reclamada, ni tampoco se acreditó durante el incidente de oposición la corrección de la cantidad exigida; simplemente se aportó certificación bancaria del saldo, amparándose la parte recurrente en que correspondía a la parte ejecutada desvirtuar la presunción de veracidad".

267. La STS de 7 de diciembre de 1989, determina:"Ha de entenderse como líquida una deuda cuando su concreta cuantificación sólo dependa de una simple operación aritmética, al ser claras y precisas las premisas necesarias para efectuarla, pues la liquidez de una deuda no depende tan sólo de que el acreedor pida una cantidad exacta de dinero en su demanda por tal concepto, y luego la sentencia, aceptando dicha concreta cuantificación, así lo declare, sino también ha de entenderse líquida una deuda cuando la cantidad adeudada pueda determinarse mediante la realización

con los requisitos y notificaciones previos, exigidos por la norma para cada caso.

El tema del vencimiento, puede originar problemas en los casos en que se haya anticipado unilateralmente por el banco en uso de las facultades que contractualmente se establecieron, y que el juez deberá examinar. Esta anticipación viene determinada por algún hecho concreto de los prevenidos al afecto. Si ese hecho puede constatarse, deberá hacerse documentalmente y será otro de los complementos del título, pero cuando lo sea, por ejemplo, el impago, como hecho negativo, no tiene prueba, y no habrá otro remedio que creer, en principio, que es así.

El trámite de la notificación, realizada en forma, viene también a conformar el título de ejecución²⁶⁸, debiendo adjuntarse a la demanda, el documento que la acredite, y que en alguna resolución(SAT de Barcelona de 22 y 20 de diciembre de 1987,) llegó a configurarse como un requisito de procedibilidad para iniciar la vía ejecutiva, lo cual siendo cierto, e inexacto en buena técnica procesal, porque pura y simplemente es un requisito del título, que como tal, lo es o no lo es, y en este último caso no tiene fuerza ejecutiva.

En cuanto a la forma de la notificación, ya vimos, como será suficiente para acreditar que ha llegado a conocimiento del deudor y fiador con constancia del contenido²⁶⁹.

de las expresadas operaciones matemáticas, al ser conocidas las premisas económicas y temporales, aunque el deudor se empeñe en negarlas sin base de hecho o jurídica alguna.(Cfr.STS de 21 de marzo de 1956 y de 28 de junio de 1978)".

268. La notificación no es necesaria a los contratos de préstamo en los que el prestatario no tiene dificultad, para el cálculo de lo realmente adeudado(SAP de Cuenca de 6.5.94).

269. El telegrama con acuse de recibo es un medio hábil, según se reconoce en muchas

4.-La legitimación del ejecutante y ejecutado. Las parte que han de figurar en el juicio ejecutivo, tienen constancia previa en el título, o traen causa directa de los que allí figuran, en cuyo caso esta sucesión debe ser justificada con la propia demanda.

5.-En la valoración de la fuerza ejecutiva el art.1435 de la LEC menciona expresamente los contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito ahorro y financiación, en póliza con el convenio que allí se expresa, por lo que deberá el juzgador valorar la calidad de esa entidad de crédito, y si entra dentro de tal concepto, y en caso de duda puede y debe exigir el juez la acreditación de la entidad de crédito por el Banco de España²⁷⁰.

6.-Y por último, si la cantidad que se reclama es la correcta. Este tema puede ser conflictivo, porque la cantidad exacta, resulta de varias operaciones y cálculos. La simplicidad que existe en el caso de una letra de cambio, en el que la cantidad exacta figura claramente, desaparece en los supuestos de pólizas sometidas a liquidaciones, intereses, partidas anotadas en el debe y haber, con ese saldo que también unilateralmente ha señalado el banco, y se recoge en la certificación expedida por el fedatario.

El asunto puede complicarse en los casos de préstamo vencido anticipadamente en el que resultan reclamables:

resoluciones judiciales. (SAT de Valladolid de 11 de noviembre de 1987; SAT de Barcelona de 22 de diciembre de 1987; SAT de Madrid de 21 de junio de 1989..etc..). Valdría cualquier medio, que deje constancia de haber llegado a su destinatario.

270. BAYO DELGADO.-El juicio ejecutivo por pólizas de contratos mercantiles: el despacho de ejecución.En "Cuadernos de Derecho Judicial".El juicio ejecutivo. Publicación del Consejo general del Poder judicial. Madrid 1994, pág.209.

1.-Capital e intereses remuneratorios de vencimiento natural que no hayan sido satisfechos.

2.-Intereses de cada vencimiento, hasta la fijación del saldo.

3.-Intereses moratorios.

4.-Comisiones autorizadas.

Como ha puesto de manifiesto *BAYO DELGADO*²⁷¹, no es posible conocer el capital anticipadamente vencido si no se dispone del cuadro de amortización, recogido por ejemplo en la revista informática "*PC World España*" en su número de octubre de 1992, e incluso un disco del programa "*Créditos bancarios, Cálculo de cuotas e intereses y TAE de créditos bancarios(cuotas constantes)*", que a su juicio es de fácil y sencillo manejo, opinando que aunque el juez lo puede calcular por su cuenta, el ejecutante es quien debe aportar los datos y la liquidación final resultante, lo cual es evidente. Y aunque el juez lo pueda realizar, lo normal es que no lo realice, y de por buena en principio la cantidad que el ejecutante señale, a no ser que de forma muy clara se desprenda que no es correcta²⁷².

271. BAYO DELGADO.-Ob.cit., pág.214.

272. ORTIZ NAVACERRADA.-Sobre el párrafo quinto del art.1.435 de la LEC reformado por ley 10/92 de 30 de abril,de medidas urgentes de reforma procesal. En "AD"(Actualidad y derecho), Núm.28, 1992, pág.47. "El juez no despacha ejecución por el exacto importe que resulta de la liquidación por considerarlo cierto, sino ... porque se ajusta a las exigencias legales;el examen del juez aquí,como en cualquier otro supuesto de título ejecutivo,ha de ceñirse a la verificación de tales exigencias(si media pacto de liquidez,si se acompaña certificación expedida por la entidad acreedora,si también se aporta documento fehaciente que acredite la coincidencia del saldo reclamado con el figurado en la cuenta y la práctica de la liquidación en la forma pactada)sin adentrarse en comprobaciones de correspondencia o no entre los datos así constatados y la realidad material a que los mismos se refieran".

La SAP de Cadiz de 15.1.96 considera que *“el control judicial previo de la liquidez no se detiene en la simple constatación formal de que la demanda solicita la condena al pago de una numéricamente concreta cantidad de dinero, sino que se traduce en un juicio acerca de la liquidez del crédito que se ejecuta; juicio de liquidez que versa sobre la entidad cuantitativa de la deuda”*.

Si se tratase de créditos en moneda extranjera²⁷³, no se despachará ejecución a no ser que se acredite que la moneda es convertible, debiendo en este caso, acompañarse el BOE que es el único medio para acreditar la convertibilidad y cotización de moneda en el mercado de divisas así como la Certificación del Banco de España o de la Dirección General de Transacciones Exteriores, que acredite que la obligación que contiene el título está autorizada²⁷⁴.

Y por si todo lo anterior no fuera suficiente, tenemos la incidencia de la legislación de consumo, que considera nulas determinadas cláusulas de uso bancario, que anteriormente señalamos, y que gravitan sobre la liquidez y la liquidación y la exigencia, y que tales cláusulas pueden estar recogidas en la póliza que es título ejecutivo en el supuesto en cuestión.

El magistrado MUÑOZ JIMÉNEZ²⁷⁵, se pregunta en que grado el juez al despachar la ejecución, está en momento procesal adecuado para llevar a cabo un estudio y depuración de esta cláusulas, resolviéndola en el sentido de consi-

273. CORTES DOMÍNGUEZ.-La deuda en divisa extranjera y el juicio ejecutivo. En "Justicia" 1982, II, pág 57 y 58.

274. CORTES DOMÍNGUEZ.-Derecho procesal..cit., pág.141.

275. Problemas cit.,pág.274.

derar que el deberá denegar la ejecución, cuando aprecie la existencia de cláusulas que considere nulas, y el ejecutado concertó su crédito en calidad de destinatario final.

Sin embargo, son patentes las dificultades que en la práctica se presentan para que así ocurra, porque obligaría al juzgador a un estudio muy completo de la documentación bancaria y contable (tablas de amortización, capitalización intereses de demora..etc.etc.) extremos en los que los juristas no solemos ser expertos, por que vemos muy difícil que tal valoración pueda hacerse en este examen previo al despacho de ejecución.

Lo que no quita para afirmar que el juez ha de tener sumo cuidado en dictar el despacho de ejecución, en opinión muy correcta de *PRIETO CASTRO*, que se refería a la antigua redacción del art. 1.475 de la LEC, porque por causa del respeto que merecen los títulos ejecutivos, se podían imponer las costas como corrección disciplinaria al juez que hubiese despachado indebidamente la ejecución²⁷⁶, disposición que fue después derogada, posiblemente por el desuso en que había caído.

Pero parece necesario llamar la atención sobre lo delicado de esta resolución, habida cuenta de que nos encontramos ante títulos que tienen unos contornos con los problemas que venimos destacando, que se decreta "*inaudita parte*", y que las consecuencias son graves, por todo lo que el embargo subsiguiente puede significar.

La SAP de Castellón de 10 de abril de 1996, reconoce que debe de realizar este examen alejándose "*de la forma tan mecánica como antes se daban por buenos y suficientes títu-*

276. Tratado cit., pág. III.

los ejecutivos a los que se acompañaba una rutinaria e inexpresiva diligencia del fedatario mercantil”.

La resolución deberá adoptar la forma de auto, siendo en consecuencia criticable la forma mecánica y a través de providencia impresa que se utiliza en algunos juzgados. No se adecua a la importancia del trámite.

La resolución que ordena despachar la ejecución no es recurrible, salvo que la ejecución se despache por suma inferior a la reclamada²⁷⁷. Su impugnación sólo puede hacerse por vía de la oposición del art. 1.458 y siguientes de la LEC.

Contra el auto que declare la incompetencia o deniegue la ejecución, cabe recurso de reposición, y contra el que resuelva este recurso, el de apelación, en ambos efectos, no emplazándose al demandado (art. 1.441), porque no está aún personado y no es parte procesalmente considerada. La resolución firme denegando la ejecución produce efectos de cosa juzgada, y sería muy oportuno, como entiende *SERRA DOMÍNGUEZ*²⁷⁸, que se notificase al deudor para evitar que se tratase de reproducir la petición en otro juzgado. Esta notificación tendría el obstáculo de considerarse que como no es parte personada, no debe hacerse tal diligencia, pero aquí entrarían en funcionamiento los mecanismos constitucionales de carácter superior que impiden la indefensión en todo caso, y por razones de seguridad jurídica, que justificarían ese conocimiento.

Otra cosa es que la ejecución se haya denegado por defectos del título, como la falta de liquidación o certificación del Corredor de Comercio, o incluso de la notificación

277. SERRA DOMÍNGUEZ.-Estudios cit.,pág.529.

278. -Estudios Cit.,pág.529.

al fiador de la póliza bancaria, pues tales defectos son subsanables, y pueden intentarse nuevamente, cuando lo hayan sido, al no darse ya la identidad prevenida para la operatividad de la cosa juzgada²⁷⁹.

D) Actitudes del ejecutado. Consignación.

Ante el requerimiento de pago puede adoptar, tres actitudes: no pagar, pagar y consignar. El procedimiento continua en caso de impago, consignación, e incluso en el supuesto de pago parcial.

La consignación supone la entrega de dinero en efectivo que será ingresada en el establecimiento designado para ello (art.1.446). La consignación tiene el único efecto de evitar el embargo, si bien la cantidad en la que consiste queda a resultas de la sentencia, y cuando sea de remate ejecutivo (declarando haber lugar a seguir la ejecución adelante), quedaría afectada al cumplimiento de la sentencia, no de forma automática, sino que precisaría operaciones de liquidación de la cantidad consignada para costas.

Aunque el ejecutado considera que la liquidación contenida en el título no es correcta y es muy superior a la que corresponde a su juicio, no es posible en este momento procesal, oponerse al montante, presentando un informe pericial que acredite que es efectivamente inferior. Debe de consignar el importe íntegro por el que se ha despacho ejecución, si desea evitar el embargo, y después formular la oposición prevenida en el art.1. 463 y siguientes de la LEC.

279. Ver.PRIETO CASTRO.-Cosa juzgada material. Identidades necesarias. Pronunciamientos sobre la reconvención. En Estudios y Comentarios cit, Tomo II, pág.522.

Evidentemente si después resultase admitido el motivo de oposición, total o parcialmente, es clara la responsabilidad de la entidad ejecutante que no puede resolverse exclusivamente por vía de la imposición de costas, sino que habría lugar a responsabilidad ordinaria por los perjuicios que pudieran derivarse de su pretensión excesiva, bien por el embargo realizado cuando la cantidad consignada no fue suficiente, con la solicitada y por la que se obtuvo la ejecución, y luego fue considerada correcta, bien los gastos o intereses de la consignación excesiva o improcedente.

E) Nuevos planteamientos en orden a la oposición a la ejecución.

Las argumentaciones y consideraciones anteriores viene a abrir nuevas posibilidades en orden a la oposición a la ejecución que la entidad bancaria puede haber obtenido en base a los títulos ejecutivos que hay podido obtener al amparo de la legalidad vigente.

Pensando en una ejecución ya decretada, obtenida frente al cliente bancario, es claro que existen entre las partes de la relación jurídica procesal constituida²⁸⁰, unos derechos, obligaciones y cargas, en los que tiene una notable influencia la relación jurídica material. Por ello hemos considerado necesario en este trabajo hacer tantas concesiones a cuestiones de derecho sustantivo o material. Cuando el ejecutante quiere hacer efectivo su crédito a través de un juicio ejecutivo, se está tratando de exigir el cumplimiento de un contrato bancario.

280. Empleamos aquí la expresión de relación jurídica procesal, prescindiendo de sus connotaciones en función de la propia naturaleza del proceso, en los derechos y obligaciones recíprocos de los diferentes sujetos. Vid. GUASP.-Derecho procesal civil. Madrid 1961 pág.20 y sig.

Hemos visto como estamos en esta materia afectados por una evolución que, pienso, está aun lejos de concluir, que en aras a la protección de la parte mas débil, que es la persona física o jurídica que contrata con el banco, se ha ido exigiendo una mayor transparencia en las condiciones financieras, con una información precontractual, contractual y post-contractual²⁸¹, algunas tan importantes que afectan a la entidad de la deuda y hasta a la propia existencia de la deuda, y con obligaciones contractuales y extracontractuales²⁸².

En el campo operativo que ofrece el art.1464 y 1467 de la LEC, así como el 1466, del mismo cuerpo legal, hay alusiones a la propia obligación, que aquí es el contrato bancario, y que puede afectar no ya a su nulidad, sino a la exigibilidad de esta cantidad, a su liquidez, o vencimiento, y por ello serán causas de oposición:

1.-La modificación de las condiciones pactadas, cuya posibilidad se reservó la entidad bancaria, pero no han sido notificadas fehacientemente.

2.-Incumplimiento de las reglas sobre tipos de interés por descubierto en cuenta corriente, o cantidades excedidas en cuentas de crédito, o diferencial penalizador sobre los tipos de interés convenidos.

La SAP de Cantabria de 26 de octubre de 1995 recoge el supuesto de la aplicación por el banco de un interés del 26%.

281. Vid. AGUILAR CANOSA.-La responsabilidad de las entidades de crédito en España" versus", países de la Unión Europea..cit, pág.3 y sig.

282. AGUILAR CANOSA.-Ob.cit, pág.3. Recoge esta posibilidad señalando que "La responsabilidad extracontractual pretende determinar toda responsabilidad derivada de la actividad profesional de las entidades de crédito, sin que tenga que concurrir culpa o dolo, siendo suficiente para esta adscripción que se trate de una actividad profesional sobre la base de la empresa que se ejerce".

considerando que no es correcta porque no consta la aceptación del mismo y el importe de la liquidación de intereses no puede quedar al arbitrio de la entidad bancaria. En sentido similar la de AP de Sevilla de 5 de octubre de 1995²⁸³.

Esta es una cuestión que origina frecuentes discusiones en la práctica dada la presencia de cláusulas bancarias de dudosa validez que habra que estudiar en cada caso²⁸⁴.

3.-Ausencia de notificación de las liquidaciones practicadas por cualquier operación.

4.-Incumplimiento de las reglas sobre vencimiento de plazo, analizando la establecida, que faculta para la anticipación unilateral de la fecha, y determinar si penetra en cláusula abusiva, no permitida por ley.

283. "el banco accionante no ha justificado en debida forma cual fuera el tipo de interés aplicable a los descubiertos en cuenta corriente, no siendo suficiente para acreditar tal extremo el <<certificado>> expedido por un apoderado del propio Banco, al tratarse de un documento privado de elaboración unilateral, siendo así que la Orden de 12 de diciembre 1989(RCL 1989, 2700) del Ministerio de Economía y Hacienda- sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito- y la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre(RCL 1990, 1994)- sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela- imponen a las Entidades Bancarias el deber de remitir periódicamente a la Oficina de Instituciones Financieras del Banco de España información de los tipos medios de las operaciones de crédito y de depósito. de manera que , como certeramente razona el juzgador <<a quo>>, podía la entidad accionante probar fácilmente el rédito que aplicaba al constar tal dato fáctico en los archivos del Banco Central."

284. La SAP de Córdoba de 22 de marzo de 1996 contempla el supuesto de la cláusula "La cuenta deberá presentar saldo siempre a favor del cuentacorrentista, no estando nunca obligada la Caja a realizar pagos en descubierto, de modo que, si excepcionalmente el saldo fuera contrario, será de aplicación la legislación vigente en cuentas a plazo, retribuciones por intereses y comisiones de los descubiertos en cuenta, con obligación del titular de responder inmediatamente los fondos", que fue declarada nula por el juzgado de primera instancia y considerada válida por la Audiencia en razón a que el contrato de cuenta corriente que es de duración indefinida por su propia naturaleza, contempla la indeterminación de los intereses, debiendo completarse las estipulaciones con las normas integradoras de la libertad contractual y con los usos bancarios.

La Secc.2ª de la AP de Toledo en sentencia de 24 de Enero de 1995 ratifica la sentencia de instancia que declaró la nulidad del juicio ejecutivo por no ser la cantidad ni exigida ni líquida, al no existir causa o base legal para que se declare unilateralmente el vencimiento conforme a la clausula 8ª del contrato de préstamo por no preveer entre las allí especificadas, el que el acreditado se encontrara o colocara en situación de suspensión de pagos y declararse abusiva la clausula 7ª del mismo en cuanto que lesiona fuertemente el principio de bilateralidad y contraviene el clausulado particular de la póliza²⁸⁵.

285. "Lo relevante para ratificar la declaración de nulidad del juicio es esa falta de causa aducida por los ejecutados, así como la improperabilidad de la pretensión si se apoya tanto en la clausula 8ª como en la 7ª de las condiciones generales de la póliza. A tenor de la primera de ellas <<se considerará vencida la operación aunque no hubiese transcurrido el plazo señalado, si el(los) acreditado(s) no destinara(n) el importe del crédito a la finalidad que declara, transmite(n) de cualquier modo la propiedad o posesión de sus bienes, quedasen éstos sujetos a carga o gravámenes, bien sean voluntarios o forzosos, dejaren incumplidas cualquiera de las clausulas de este contrato, pudiendo la institución acreedora en cualquiera de estos casos, al igual que en su vencimiento normal, reclamar judicialmente por el procedimiento que estime oportuno>>, y de la literalidad de dicha convención, aplicando el apotegma "pacta sunt servanda", a tenor de lo que dispone el art.1.125 CC, no puede exigirse el cumplimiento de la obligación hasta que llegue su vencimiento, salvo que el deudor incurra en alguna de las actuaciones concretas que en la clausula que se examina constan, entre las que no fue especificada-y así pudo perfectamente hacerse-, el que el acreditado se encontrara o colocara en situación de suspensión de pagos;pero es que además invocandose también la resolución a través de la clausula 7ª-cuya literalidad establece que <<no obstante lo dispuesto en las condiciones particulares, en cuanto a vencimientos,Caja Toledo podrá en cualquier momento exigir la cancelación del presente crédito, quedando acreditado(s) y fiador(es)solidarios obligados a entregar cuanto adeudaren por capital, intereses o cualquier otro concepto en favor de Caja Toledo, dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que se le notifique tal resolución mediante carta certificada>>, con lo que unilateralmente se contraviene lo pactado en las condiciones particulares de la póliza, en absoluta contradicción con aquellas, y en las que se establece una fecha de vencimiento concreto, con lo que se coloca al acreedor en una posición prevalente, en cuanto puede reclamar el crédito a su antojo,aun injustificadamente, con lo que se está conculcando el principio de bilateralidad que rige en el derecho de obligaciones y el art.1.256 del Código Civil, al tiempo que también se ignoran los art.2.b) y 3 de la Directiva 93/13 de la C.E.E., sobre clausulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, puesto que sin des-

Evidente no todo incumplimiento por parte del banco puede originar un motivo de oposición, ya que por ejemplo, si el banco tiene la obligación en la información precontractual de entregar un folleto informativo, y no lo hace, parece claro que los efectos de tal incumplimiento no pueden llegar a estas consecuencias. Son muchas las obligaciones que se vienen estableciendo²⁸⁶, con unas consecuencias dudosas en caso de infracción.

Las posibilidades de alcanzar un grado de eficacia transcendente en la oposición a la ejecución se comprenden exclusivamente en las estipulaciones relativas a la exigencia del crédito y los contornos que lo delimitan en su esencia, como es el plazo, la liquidez, y la influencia de los intereses y su cómputo en la determinación de aquel²⁸⁷.

conocer que las mercantiles (como S.S., S.L.) tienen el carácter de predisponente y no de consumidor, sin embargo si tienen tal carácter los fiadores de la póliza, personas físicas, que afianzan en cuanto tales y pueden considerarse ajenos a la relación comercial entre los otorgantes de la póliza, pues es <<cláusula abusiva aquella que no hayan sido negociadas individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión>> (art.3.2, pf.1, Directiva 93/13 C.E.E. de 25.4).

286. Vid. MARTÍNEZ DE SALAZAR.-El derecho de la clientela de las entidades de crédito, en "RDBB", núm.51, 1993, pág.763 y sig.

287. La SAP de Valencia, S.7ª, de 17 de octubre de 1990, dice: "En relación a la prohibición que establece el art.10.1 c) ap.2º L26/1984 de 19 de julio (consumidores y usuarios), es incuestionable, según el art.1256 CC, la ilicitud de aquellas cláusulas de resolución discrecional, unilateral y anticipada del contrato respecto a un concreto vencimiento que se hubiese estipulado como determinante de la operación, y que vinculaba a ambas partes, no sólo a una de ellas; ahora bien, ello, sin embargo no podrá extenderse a la facultada concebida de resolución anticipada que no fuera dependiente de la pura y discrecional voluntad de una de las partes, sino derivada de la concurrencia de una justa y objetiva causa adecuada a la naturaleza jurídica del negocio en cuestión; y así, la previsión de que el crédito o la solvencia del deudor sufrieran demérito por causas previamente consideradas (suspensión de pagos, declaración de procedimiento concursal, impago y protesto de efectos mercantiles, venta generalizada de bienes, embargo sufrido en el patrimonio, etc.), o la previsión de incumplimiento de obligaciones específicas o predeterminadas (no reponer excesos de límite de crédito concedido, por ejemplo), están reñidas con la discre-

El pacto puede y debe ser objeto de un estudio detenido porque puede estar incurso de la nulidad del art.10 de la LGDCU, como por ejemplo cuando considere también vencidos los intereses de las cuotas anticipadamente vencidas, y si no es un préstamo de consumo, podríamos estar ante una cláusula penal, no permitida e incluso, si hay acumulación de intereses remuneratorios anticipadamente vencidos podría entrar en aplicación la Ley de Usura²⁸⁸.

5.-Carencia de fuerza ejecutiva del título por falta de vencimiento de plazo en caso de anticipación unilateral del mismo. Entre las cláusulas al uso en pólizas y documentos de contratación bancaria figura la posibilidad de anticipar el vencimiento, por impago de algunas de las cuotas o mensualidades²⁸⁹, y en particular por las siguientes:

cionalidad y vinculadas, por contra, a un verdadero incumplimiento del contrato imputable a la contraparte, o a una quiebra de la confianza base en la formalización del negocio; y lo cierto es, en definitiva, que la protección legal de los usuarios y consumidores lo es con relación a los legítimos intereses económicos y sociales de los mismos, y no se refiere a conductas ilícitas o antijurídicas."

288. BAYO DELGADO.-El juicio ejecutivo..cit, pág.216.

289. "No obstante el vencimiento establecido, el Banco podrá dar por vencido anticipadamente el préstamo y la hipoteca que se constituye en su garantía, y será exigible la restitución de su importe, vivo o no amortizado y los intereses devengados, incluso de demora, en los siguientes casos:

a) Cuando se incumpliese la obligación de pago de cualquiera de los vencimientos de interés o cuotas de amortización pactadas, o de los restantes conceptos a cargo de la parte prestataria, en las fechas y condiciones previstas para ello en esta Escritura.

b) cuando se comprobase inexactitud de los datos de la parte prestataria o se sus fiadores, o en los documentos aportados por ellos, que sirvan de base a la concesión del préstamo o a la vigencia del mismo.

c) Cuando por cualquier circunstancia sufriera deterioro o merma el bien hipotecado que disminuya su valor en más de un 20% respecto a su valor actual de tasación y la parte prestataria no ampliase la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre dicho valor y el préstamo que garantiza o si practicado el requerimiento a que se refiere el art.29 del Real Decreto 685/1982, sobre regulación del Mercado Hipotecario, no devolviese/n el/los prestatario/s la parte del prés-

- a) Impago de algún vencimiento.
- b) Inexactitud de datos que ha servido para la concesión del préstamo.
- c) Merma de garantías. En este caso se encuentra el conocido supuesto de "cross default" o incumplimiento cruzado. La simple presencia de reclamaciones judiciales de terceros por incumplimiento de obligaciones pecuniarias del deudor, es motivo de resolución de contrato. La sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 11 de noviembre de 1987, sostiene la validez de este pacto en orden a la posibili-

tado que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo.

d) Cuando la parte prestataria, sus fiadores o los hipotecantes, sean declarados en quiebra o concurso de acreedores, o cuando presenten solicitud para ser declarados en suspensión de pagos o inicien expediente de quita o espera.

e) Si apareciesen sobre la/s finca/s que aquí se hipoteca/n otras cargas o arrendamientos no consignados en esta escritura y que sean preferentes a la hipoteca que se constituye en este documento.

f) Si la hipoteca que aquí se constituye no quedase inscrita en el Registro de la Propiedad en el plazo de sesenta días hábiles a partir del día siguiente al de hoy, ya por denegarse o suspenderse su inscripción o por cualquier otra causa no imputable al Banco.

g) Si se enajenara, grabara o concertara cualquier contrato que suponga cesión de disfrute a un tercero, de cualquiera de la/s finca/s hipotecada/s, o alterara su destino originario, sin consentimiento escrito del acreedor.

h) Si se arrendara/n la/s finca/s que se hipoteca/n sin permiso escrito del Banco y pactara/n en el contrato de arrendamiento correspondiente una renta anual, que capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50% más, no cubra la responsabilidad total asegurada, conforme autoriza la Resolución del 27 de enero de 1986 de la Dirección General de Registros y del Notariado.

i) Si la parte prestataria no destina el importe del préstamo a la finalidad que se señala en el Expositivo II de la presente.

j) Si no fueran pagados a su tiempo aquellos tributos y gastos, relativos a la fincas hipotecadas que tengan preferencia legal de cobro respecto de la hipoteca que aquí se constituye.

k) Si las obligaciones referentes a la conservación de la garantía fueran incumplidas en cualquiera de los casos señalados en esta escritura, así como cualquier otra obligación establecida en el presente documento."

dad de anticipar el vencimiento, por aplicación del pacto expreso sobre el particular, revocando la sentencia del juzgado de primera instancia que había considerado nulo el juicio ejecutivo por carencia de fuerza ejecutiva del título²⁹⁰.

d) Quiebra de fiadores.

e) E incluso arrendamientos de fincas sin permiso de la entidad bancaria.

f) No destinar el préstamo a la finalidad establecida.

El problema que este punto suscita es complejo porque afecta a la validez del pacto que permite esa anticipación del vencimiento y su influencia en un aspecto o condición precisa para que el título sea ejecutiva, esto es que la obligación esté vencida tal como señala el art. 1435 de la LEC en relación con el 1467 del mismo cuerpo legal.

LOIS PUENTE se ha planteado la propia validez de la cláusula y su posible contradicción con el art. 1129 del código civil, que señala los supuestos legales en los que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo²⁹¹, resolviendo, acertadamente a mi juicio, que el principio de autonomía privada permite pactar supuestos de vencimiento distintos de los prevenidos en ese artículo citado del código civil, que no contiene una enumeración cerrada, lo que ocurre es que la cuestión debe desplazarse al tema de los límites de la libertad de pacto en esta materia, e incluso el cumplimiento y ejecución del contrato que no puede dejarse al arbitrio de una de

290. Ver. DÍAZ RUIZ.- Ejecución de pólizas bancarias de crédito, en "RDBB", 1988, núm.30.

291. LOIS PUENTE.-Anticipación unilateral del vencimiento y procedimiento ejecutivo, en "La Ley", núm.4145 de 16.10.96.

las partes, entrando ,desde luego, en aplicación las normas antes indicadas sobre consumo, además de las relativas al posible abuso de derecho, cuando por el impago de una cuota pequeña se pretende anticipar el pago de un crédito cuantioso y de largo plazo.

Entiende *LOIS PUENTE*²⁹², que “*en el orden civil el pacto de vencimiento anticipado en caso de falta de pago de uno de los plazos encubre una auténtica condición resolutoria, y por lo tanto no podrá hacerse efectivo por la sola voluntad del acreedor, sino que exigirá un proceso declarativo previo*”.

Y en relación con su significación en el juicio ejecutivo, entiende el citado autor, que como la deuda no esta vencida, en buen orden de cosas, el título no es correcto, no es apto para despachar la ejecución, de conformidad con el art. 1467 de la LEC, y puesto que el art. 1440 obliga al juez a cerciorarse sobre el vencimiento, no debe despachar ejecución, y si la admite se permitirá al demandado ejercitar una acción impugnatoria, e incluso el juez podría incurrir en responsabilidad, por haber incumplido su obligación de actuar con diligencia, causando además indefensión al demandado.

Esta solución, no la comparto, porque:

a) El ejecutante considera la deuda vencida por aplicación de los convenios que figuran en la póliza. Cuestión diferente sería la de la licitud del convenio por aplicación de la legislación del consumo y el posible abuso en su interpretación.

292. LOIS PUENTE.- Ob.Cit.,pag.3.

b) El juez en esa primera “cognitio” que ha de efectuar previamente al despacho de ejecución, tiene que comprobar, desde luego, si la deuda esta vencida, resultando muy dudoso que sea el momento procesal oportuno para pronunciarse sobre la adecuada hermenéutica en orden al convenio sobre anticipación del plazo del vencimiento.

c) No sabemos a que acción impugnatoria se refiere, que el demandado deberá ejercitar para impugnar sus efectos. La precisión en la utilización de instrumentos de defensa, que el derecho procesal exige, no llevaría a la oportunidad de formular oposición a la ejecución decretada, al amparo del art.1467 porque el título podría carecer de fuerza ejecutiva.

Entiendo que el pretender un proceso declarativo previo, para cerciorarnos de la correcta aplicación de lo convenido sobre anticipación del plazo, es algo que no se puede sostener, desde un punto de vista de táctica procesal, elementalmente operativa, ya que si para resolver algo relacionado con el título ejecutivo hay que acudir a un declarativo anterior, ya se lleva a este todas las cuestiones de fondo y de forma habidas y por haber, y por los menos nos evitaremos el ejecutivo o los ejecutivos posteriores.

En consecuencia, pienso, que el tema del vencimiento del plazo anticipado, puede resolverse dentro de la propia oposición a la ejecución, y en el cauce específico prevenido para nuestro juicio ejecutivo ordinario, al estar previsto, como hemos señalado, y como causa de oposición admisible el no tener fuerza ejecutiva, por no estar la deuda adecuadamente vencida.

6.-La plus petición puede tener un importante campo de actuación desde el momento que el resultado de la liquidación contenga cantidades improcedentes. Pero hay que distinguir entre la iliquidez y la plus petición, distinción que no en todos los supuestos resulta fácil de establecer.

La confusión aparece, cuando ante situaciones en que una vez comprobada que la cuantía que se reclama, no coincide con la realmente adeudada por el ejecutado, surge la duda sobre la oportunidad de oponer la plus petición del art.1466 de la LEC o la iliquidez de la deuda del n.2 del art.1467, y es importante como indicábamos porque las consecuencias que una u otra llevan aparejadas varían sustancialmente.

Las decisiones de los tribunales ofrecen en ocasiones criterios distintivos diversos e incluso opuestos²⁹³, pero por lo general están de acuerdo en considerar que la plus petición entra en juego cuando el exceso en la computación de la deuda se debe a un simple o mero error aritmético en las operaciones de calculo y aplicación de los intereses y comisiones pactados en la póliza, siempre y cuando los elementos y bases que sirvieron para el calculo sean ciertos o conocidos; o a omisiones en el computo por parte del ejecutante de pagos parciales realizados por el deudor²⁹⁴. Lo que no esta tan claro son los supuestos en los que se ha aplicado un interés superior al pactado por las partes en el título ejecutivo.

293. Vid.MOXICA ROMAN.-Las pólizas bancarias..cit, pág.580 y sig.

294. La SAP de Palma de Mallorca de 11 de noviembre de 1995, dice que: "es cierto que existirán supuestos en los que resultará sumamente difícil deslindar iliquidez de simple plus petición, pero no cabe duda que para apreciar la primera se precisa que los elementos y bases de cálculo del saldo sean inciertos y desconocidos, mientras que los meros errores o inexactitudes cometidas en su determinación o la emisión por el ejecutante del computo de pagos parciales integrarán unos supuestos de plus petición que no afectará a la liquidez de la deuda."

Evidentemente son conceptos distintos porque la falta de liquidez lo será cuando no sea posible obtener una cantidad definida. La plus petición quedaría reservada para excesos en la cantidad por la que se ha despachado la ejecución. La verdad es que habrá supuestos en los que ambos conceptos puedan quedar confundidos y la doctrina²⁹⁵ ha señalado como pautas diferenciadoras las siguientes:

“a) En los casos en que la incertidumbre llega al grado de ignorarse el contenido que corresponde a alguna o algunas de las magnitudes que deben utilizarse en las operaciones de cálculo, falta la liquidez.

b) Si los elementos y bases del cálculo son ciertos y conocidos, los errores o inexactitudes cometidos al aplicarlos en las operaciones de liquidación sólo genera exceso en la pretensión económica, corregible por la vía de la pluspetición.

c) La omisión por el ejecutante del cómputo de pagos parciales realizados con posterioridad a que la deuda quedara formada de manera cierta, no destruye ni afecta a la liquidez de la misma.

d) Si el debate recae sobre la procedencia de alguna de las partidas que confluyen en la formación del saldo exigible..., en cuanto se computa el reintegro omitido o se aminora el saldo en la cantidad indebidamente adicionada, se crean las condiciones para que el débito total reclamable se calcule con exactitud. Por ello, en tales casos, lo correcto es apreciar también la plus petición.”

En cuanto a la aplicación de esta excepción en juicio ejecutivo cambiario ha sido muy discutida, al no recogerse en

295. MUÑOZ JIMÉNEZ, F.J.- Problemas interpretativos ..cit, pág. 257-258.

el art.67 de la LCYCH. si bien algunos autores entienden que es viable siempre que se den los requisitos siguientes²⁹⁶:

1.-que la ejecución sea solicitada y decretada por una cantidad superior a la realmente debida.

2.- que el exceso en la petición lo sea en el momento de presentación de la demanda.

3.-que se consigne la cantidad que entendemos que es adecuada para evitar la imposición de costas.

La SAP de Valencia de 29 de Enero de 1996 se inclina a favor de la tesis afirmativa en orden a la posibilidad de alegar este motivo de oposición y aplicar el art.1446 de la LEC porque *“durante la tramitación parlamentaria de la Ley Especial, si en el proyecto figuraba la no aplicación de dicho artículo, posteriormente desapareció dicha limitación, lo que se argumenta entendiendo que se trata de una excepción material, y más que tal, se trata de un forma de deducción de excepciones materiales perfectamente integrables en el art.67 de la tan repetida Ley Cambiaria.”*

7.- También sería aplicable la novación siempre que conste el animo de novar, y de una forma terminante tal como exige nuestro CC, la extinción de una obligación y la creación de otra nueva, tema que es posible y frecuente en las relaciones bancarias, renovándose pólizas de crédito e incluso letras de cambio y pagaré²⁹⁷.

296. Ver GÓMEZ DE LIAÑO, F.- Jurisprudencia cambiaria..cit., pág 290.

297. La SAP de Cuenca de 13 de febrero de 1996 señala que “es indispensable para que opere la novación tanto la extintiva como la modificativa convencional, que conste de manera clara e inequívoca el <<animus novandi>> o voluntad de otorgarla, bien por manifestación expresa o por exteriorización tácita deducida de la incompatibilidad entre las dos convenciones, no pudiendo deducirse de meras suposiciones o conjeturas, de modo que al tratar de deducir aquella voluntad o consentimiento en

F) Aspectos probatorios.

En el mecanismo del juicio ejecutivo, cuando se formaliza oposición por parte del ejecutado, este se convierte en actor en el incidente de oposición, correspondiéndole probar o tratar de probar los datos de hecho en los que se basan los motivos de su oposición. Esta es una consecuencia de su verdadera naturaleza jurídica, y por eso hemos insistido en que se trata de una cuestión que no es meramente académica, sino que tiene unos efectos prácticos importantes²⁹⁸.

Por eso incide, a nuestro juicio, en error la conocida y citada sentencia del TC de 10.2.92, en su fundamento tercero en relación a que señala que el actor(ejecutante) ha de probar la existencia de la cuantía de la deuda igual que en cualquier otro proceso, lo cual no es correcto, porque aparece favorecido por la presunción de legitimidad que deriva del título, y cuya presunción debe en principio ser atacada por el ejecutado, sin perjuicio de carga probatoria que también podría recaer sobre el ejecutante, en supuesto de discusión, sobre todo del importe o cuantía de la deuda.

De ese erróneo planteamiento derivan opiniones recogidas en algunas resoluciones judiciales como la SAP de Segovia de 31.12 de 1992, que señala que si el cliente(bancario) niega con un mínimo de seriedad o verosimilitud la

ese sentido, es decir, no de un pacto expreso, sino de un hecho, éste habrá de tener la relevancia precisa para evidenciar esa modificación que no cabe presumir sino en caso de incompatibilidad entre las dos obligaciones contrapuestas."

298. CARRERAS LLANASANA.-Consideración....cit., pág.19."En el incidente de oposición se invierten las posiciones de las partes: el ejecutante pasará a ser demandado en el incidente en el que es actor el ejecutado, y por eso tiene, como tal actor la carga de alegar y probar los hechos que sirvan de base a las excepciones y causas de nulidad que invoque."

cuantía de la suma reclamada, o la propia existencia de la deuda, el juez no tiene porque tener por probada la deuda reclamada por la entidad acreedora²⁹⁹, y entiende que” *no consagra privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito, que contraría el art.14 de la CE, pues no invierte la carga de la prueba, ni otorga a la contabilidad de las mismas el carácter de documento público, y tampoco priva al deudor de un proceso con todas las garantías*”.

Tampoco comparto el planteamiento de la SAP de Vizcaya de 8 de septiembre 1995 cuando señala que “*cuan- do la ley exige o establece que la cantidad es liquida no sig- nifica que presuma que es verdadera y cierta sino que tales datos han de ser acreditados por lo medios probatorios nor- males existentes en el derecho para todo tipo de procesos. En tal sentido el art.1435.4 de la LEC, no consagra privile- gio probatorio para las entidades de crédito contrario al art.14 de la CE, pues no otorga carácter público a los docu- mentos o contabilidad por aquellos aportados al proceso.*”

Pienso que la confusión procede del enfoque al conside- rar un privilegio la fuerza que la ley otorga a los títulos eje- cutivos cuando debe considerarse como una simple conse- cuencia de su mecanismo en orden a la certeza que incorpo- ra porque si la ley considera que cualquiera de los supuestos recogidos en el 1429 tienen un valor superior, lo es por su contenido intrínseco y porque son suficientes para acreditar en principio aquella certeza, que justifica la ejecución” *inau-*

299. Dice concretamente”Si el cliente de la entidad niega con un mínimo de seriedad o verosimilitud la cuantía de la suma reclamada o incluso la existencia o exigibilidad de la deuda, ni el art.1435 ni ningún otro precepto de la LEC obligan al juzgador a dar por probada la deuda reclamada por la entidad acreedora.”

dita parte" y la innecesidad de prueba en el gran número de casos en los que no hay oposición y a mi juicio el error queda patentizado al decir que "*los datos han de ser acreditados por los medios probatorios normales*", cuando lo cierto es que la entidad de crédito ejecutante nada tiene que probar cuando no hay oposición e incluso cuando la haya, la carga probatoria del motivo de oposición recaerá sobre el ejecutado.

El tema es mas complicado, porque la simple negación verosímil por parte del ejecutado, es inocua, si no va seguida de la prueba correspondiente. Resulta además que los llamados "privilegios probatorios", son una elemental consecuencia de la existencia de diferentes medios de prueba, otorgando la propia ley mayor eficacia a unos que otros, sin que ello constituya privilegio alguno.

Y en cuanto a las limitaciones defensivas del deudor, no debemos olvidar que nos encontramos ante un procedimiento de carácter sumario, cuya característica fundamental reside precisamente en eso, en limitación de medios de defensa, y en consecuencia de conocimiento del juez³⁰⁰.

El planteamiento correcto de la cuestión pasará, por considerar al ejecutado actor en el incidente de oposición, y por eso tendrá que probar aquellas alegaciones en la que se funde, y si entiende que la liquidación no es correcta, deberá señalar y probar los motivos, si fuera necesario con prueba pericial contable, que demuestre que las cuentas de intereses, comisiones, y demás no se ajustan a lo convenido.

300. Ver GELSI BIDART.-Noción legal del juicio sumario. En "RDP", 1969, pág.97 y sig.

Señala CARRERAS, que *“El ejecutante, que está protegido por el título ejecutivo, no tiene carga de la prueba, aunque tenga el derecho a formular defensas consistentes en lo que se ha llamado negación directa e indirecta, y a practicar contraprueba de los hechos que afirme el ejecutado”*³⁰¹. Y TAPIA FERNÁNDEZ, abunda en el asunto señalando que *“De ninguna forma-so pena, repito, de trastocar la misma naturaleza del juicio ejecutivo- ha de ser el actor el que, en caso de oposición, corra con la carga de probar los hechos constitutivos del derecho de crédito, como si de un proceso ordinario de declaración se tratara”*³⁰².

Lo escrito anteriormente es correcto para supuestos como el de la letra de cambio, en el que la cantidad exacta ha sido aceptada por el impugnante. A él y sólo a él, le corresponderá acreditar que no es correcta. Pero el asunto, puede complicarse en aquellos casos en los que la ejecución deriva de una liquidación que el banco ejecutante ha realizado unilateralmente. Señalada y determinada la cantidad liquida, por la que se ha solicitado y obtenido ejecución, si esta es impugnada por el ejecutado al formalizar su oposición, es claro, que, corresponde a éste la carga fundamental de acreditar que tal cantidad no es correcta, pero estaríamos ante un supuesto de carga de la prueba compartida, porque el actor ejecutante, por la sola presentación del título, no se ve relevado de tener que acreditar la adecuación de las partidas que han llevado al saldo.

Un tema muy interesante, es el relativo a la posible indefensión que para el ejecutado pueda suponer, la falta de

301. Consideración. ...cit., pág.19.

302. TAPIA FERNÁNDEZ.-Procesos de ejecución... cit., pág.2.269.

documentación o de aplicación de las operaciones que se han realizado por la entidad ejecutante para llegar al saldo, lo que imposibilita al ejecutado utilizar argumentos de impugnación, y que en algún caso, como en el recogido por la ya citada sentencia de AP de Segovia de 31.12.92 al decir que *“al no expresarse por el ejecutante la explicación o justificación de la cantidad reclamada se provoca indefensión de la parte ejecutada, que no pudo siquiera impugnar una liquidación de intereses que no se expresaba, lo que determina la nulidad del juicio por iliquidez de la deuda”*.

Pero la solución no me parece tan sencilla y expeditiva, porque lo procedente sería que si el ejecutado no acepta la liquidación de intereses, presente la suya y demuestre que según lo pactado es la correcta, e incluso puede en el período probatorio, requerir al ejecutante para explique los criterios que aplicó, y en tales actividades aclarar el asunto. La prueba dentro del proceso tiene una reglas, en las que se fundamenta nada menos que la garantía procesal, apreciándose en la práctica importantes deformaciones en su valoración³⁰³, como ocurre en la sentencia citada en la que el ejecutado se limita a decir que los intereses no son correctos porque no se le justifican. El valor que se otorga al título ejecutivo, hace que quien lo desconozca en cualquiera de sus términos tenga que probar, y ya vimos antes como podía hacerlo. De no entenderlo así podemos cargarnos el sistema.

En este sentido me parece más acertada la SAP de la Sección 3ª de Palma de Mallorca, de 22.1.93 que considera que es inoperante la descalificación global del contenido de

303. Ver MUÑOZ SABATE.-Las deformaciones profesionales en la apreciación de la prueba judicial. En “RGD”, 1972, pág.557.

la certificación integradora del título, por considerarlas insuficientes al no ir acompañadas de un estudio complementario.

G) Sentencia de remate.

Como ya tuvimos ocasión de indicar, para aquellos autores que sostienen la naturaleza declarativa del juicio ejecutivo, el verdadero título ejecutivo estaría constituido por la sentencia de remate. Se trata de una teoría muy extendida en el tiempo, y sólo contestada más recientemente, por cuyo motivo esta extendida en una buena parte de la jurisprudencia, y hasta en la doctrina de la Dirección General de Registros, que en su resolución de 11.4.91, entiende que la sentencia de remate que pone fin al juicio ejecutivo, es el título que da origen a la ejecución singular, y que tiene lugar después de esta sentencia, y añade, y por eso hacemos esta cita especial, que no cabe en esa resolución, cancelar la anotación del embargo efectuado, ya que no puede cancelarse esta garantía hasta la total finalización del proceso. Entiendo que en ese planteamiento se produce cierta confusión, puesto que por un lado es el verdadero título que va a dar origen a la ejecución singular, pero a la vez no puede ordenar la cancelación de la anotación de embargo (se entiende porque decreta no seguir la ejecución adelante o la nulidad del juicio) que es una consecuencia de la ejecución ya iniciada incorrectamente.

Para entender los problemas que puede plantear la sentencia de remate, es necesario partir de su verdadera naturaleza, que la define el art.1473 de la LEC, y que señala sus tres

únicas posibilidades, que la califican como sentencia meramente procesal, sin que pueda ser declarativa de derechos³⁰⁴. La ley ordena y determina su contenido, que en la práctica se olvida con alguna frecuencia de forma lamentable³⁰⁵, y da por supuesto que la ejecución se ha iniciado, con cual de admitirse que la sentencia es el título llegaríamos a la conclusión de que la ejecución se inició sin título.

Trasladada la cuestión, a las ejecuciones de los créditos bancarios que nos ocupan carecería de sentido la evolución de los mismos en orden a buscar su fuerza ejecutiva, si ella dependiera de la sentencia ulterior. La mejor prueba de que no es así, está en esa lucha de las entidades bancarias por acceder directamente a la ejecución, sin esperar a una sentencia judicial. Saldos, certificaciones, e intervención de fedatarios, carecen de sentido si hemos de esperar a una sentencia. La clave la podemos tener en la consideración del caso de inexistencia de oposición, en cuyo caso no hay conflicto, y nada que decidir. En los innumerables casos en los que no hay oposición, la sentencia se limita a ratificar automáticamente, el contenido del título, sin el menor contenido jurisdiccional en el sentido propio de decir el derecho, porque ya estaba "dicho", y delimitado en el título que sirvió de base a la ejecución. Y cuando hay oposición resuelve lo discutido en la incidencia, y aquí, ya si resuelve una discusión

304. CARRERAS.-Consideración general..cit., pág.21.

305. La sentencia del juzgado de primera instancia núm.5 de Oviedo, de 26 de abril de 1994, recaída en juicio ejecutivo en el que se había despachado ejecución, se dictó sentencia de remate cuyo fallo señalaba que "Desestimando la demanda interpuesta por C.G.J. frente a C.A. debo absolver y absuelvo a dicho demandado de todas las pretensiones deducidas en su contra y con expresa imposición de las costas a la parte actora". Y en esta situación en la que se vulnera abiertamente el art.1.473, podríamos preguntarnos que ocurre con la ejecución iniciada.

y tiene un valor jurisdiccional³⁰⁶, pero siempre limitada, a seguir ratificando o no la ejecución que se ha iniciado.

306. Aunque el art. 1479 se dice que las sentencias dictadas en esta clase de procedimientos no producirán efectos de cosa juzgada, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia, ha matizado esta norma en el sentido, de que no la producen respecto de lo no tratado por la limitación de sus medios de ataque y defensa, porque respecto de lo decidido y resuelto, si produce aquellos efectos.(STS 20.3.76; 9.2.77; 29.5.84).

VII.

***EL PROCEDIMIENTO
DECLARATIVO***

En el fondo de toda la problemática que tratamos en este trabajo, está la clarísima tendencia de huir del proceso de declaración, que constituye una larga aventura en una organización procesal en franca crisis³⁰⁷. En la relación de créditos bancarios examinados, se ha tratado de buscar una salida hacia el juicio ejecutivo, en la forma que hemos expuesto.

Pero lo cierto es que esta salida no siempre se consigue, de manera que hay que acudir al trámite del previo conocimiento y sentencia cognoscitiva, en varias ocasiones:

a) Cuando no es posible conformar un título ejecutivo con las exigencias legales. Tal es el caso de los créditos derivados de simples cuentas corrientes bancarias, o de créditos procedentes de la utilización de medios electrónicos (tarjetas de crédito), o en cualquier otro caso en el que la fuerza ejecutiva del título complejo que ha de surgir de la aplicación del art. 1429.6 o 1435, no esté clara.

b) Cuando se ha acudido al juicio ejecutivo, y no se ha conseguido que la ejecución siga adelante o se declare la

307. SAAVEDRA GALLO.- La reforma de los juicios de cuantía inferior. En "Comentarios sobre la reforma procesal", (Ley 10/92 de 30 de abril), Edi.Forum, Oviedo 1992, pág.79.

nulidad del juicio por defectos en título, que puede carecer de fuerza ejecutiva, pero siempre existe la posibilidad de que sirvan de base documental probatoria de un crédito que existió y es exigible en la vía ordinaria. La STS de 23.2.96, recoge el caso de la certificación del corredor que adolece de las circunstancias mínimas y necesarias para la concordancia que pretende acreditar, impidiendo que se despachase ejecución a su vista, lo que no implica negar a la documentación aportada y a la póliza el carácter de documento público, que da fe de la formalización de un préstamo, de las declaraciones de las partes, y de sus convenciones y firmas, con el valor correspondiente en el declarativo posterior.

c) Cuando hayan de plantearse cuestiones que no ha podido tratarse en el ejecutivo anterior, en los términos en los que conforme al art.1479 de la LEC no produce efectos de cosa juzgada, que según la solución más impuesta en los tribunales, es la de que será posible³⁰⁸.

Los efectos dilatorios del declarativo podrán paliarse con embargo preventivo, si la documentación existente lo permite. Pero las diferencias son palmarias, porque este seguirá adelante, con todos sus trámites y pruebas, incluso con la rebeldía del demandado. Puede conseguirse un efecto similar en el aseguramiento de la deuda, pero no en la rapidez y en lo expeditivo del procedimiento³⁰⁹.

308. Ver SEIJAS IGLESIAS.-El juicio ejecutivo y el juicio declarativo posterior. Madrid 1977, pág.25 y sig.

309. La ley de 23 de julio de 1966 elevó las cuantías del art.1435 a efectos de poder despacharse ejecución, entendiéndose por las cantidades que dejaban de ser ejecutivas al permitir el embargo preventivo la situación era parecida. Pero lo cierto es que como puso de manifiesto SERRA DOMÍNGUEZ, en Estudios..cit., pág.525, las consecuencias eran muy diferentes, pues en el ejecutivo, en caso de ausencia de oposición, nada hay que probar ni desplegar actividad alguna, mientras que en el declarativo, la rebeldía no significa eliminación de aquellas diligencias.

El tema del declarativo posterior al ejecutivo, parece interesante en esta materia, ya que la conflictiva interpretación del art.1479, permite discusiones posteriores de temas que no han tenido cabida en el ejecutivo anterior, por no entrar dentro del limitado cauce de las excepciones o motivos de oposición tasados que actúa en el mismo, o por ser temas complejos que no pueden tener cabida en la sumariidad de conocimiento que caracteriza al trámite ejecutivo.

Su alcance ha sido y sigue siendo muy problemático, porque es un supuesto claro de infracción y apartamiento de la ley, por parte de la jurisprudencia, y uno de los muchos casos en los que se acredita la superioridad de ésta sobre aquella.

La Ley es muy clara, es tajante, y como es muy clara y corta vamos a repetirla:

“Las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producirán la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión”.

Su lectura nos lleva a una doctrina terminante, en el declarativo posterior no puede alegarse excepción de cosa juzgada, porque no la produce. Y un comentarista tan autorizada como MANRRESA, que sobre lo que ordena expresamente la ley no puede producirse duda³¹⁰, y por eso siguiendo su opinión, parece posible el planteamientos del posterior en los supuestos siguientes:

310. MANRRESA.-Comentarios.. cit.,Tomo 6, pág.526.

1.- Para promover la misma cuestión que se ha planteado y resuelto en el ejecutivo, porque expresamente lo admite el precepto.

2.- Para promover cuestiones diferentes, porque a ellas no afectan los límites objetivos de la cosa juzgada.

3.- Cuando no se opone, tiene también derecho a discutir en el declarativo posterior la cuestión de fondo, o derivada del contrato subyacente en todo su ámbito.

4.- No es necesario agotar la vía del juicio ejecutivo a través del recurso de apelación, puesto que basta que la sentencia sea firme.

El TS en alguna resolución recogió esta doctrina y permitió el declarativo posterior sin limitaciones³¹¹.

En la misma dirección parece manifestarse *GUASP*, cuando dice que *“cuando la sentencia que lo resuelve queda firme y no admite ningún ataque directo siempre es susceptible de reproducirse el litigio en un juicio declarativo ulterior, en el que planteado análogo tema puede conseguirse una resolución distinta, no vinculada por la obtenida en el juicio ejecutivo”*³¹².

El tema empezó a complicarse porque algunos autores entendían que la disposición del precepto sobre la cosa juzgada no podía aceptarse, sin adaptarla a lo que debe entenderse por cosa juzgada, y del rango que ha de darse a la sentencia en el juicio ejecutivo³¹³.

311. Sentencias de 31 de marzo de 1942; 3 de junio de 1946; 15 de enero de 1949; 23 de diciembre de 1958; 10 de febrero de 1960; 27 de octubre de 1966.

312. *GUASP-Derecho Procesal Civil*. Madrid 1961, pág.796.

313. Ver *SEIJAS IGLESIAS*.- ob.cit.,pág.44.

Pero la verdad es que no sólo se produjo la duda, sino que ésta, se llevó a sus últimas consecuencias. Alguna sentencia del TS como la de 9 de diciembre de 1939, dice todo lo contrario. Y en el estudio de toda la trayectoria jurisprudencial, vamos a encontrar soluciones para todos los gustos. Y la cuestión me parece muy grave porque si el contenido de una norma, no parece conforme a una determinada doctrina científica, podremos plantearnos e incluso promover por las vías que la ley establece al efecto, la reforma de la misma, pero no decidir y resolver de forma contraria a lo que en ella se dice, porque ese actuar atenta gravemente a la seguridad jurídica, y por el mismo argumento podemos a empezar a cuestionar muchas otras normas, y dejar su validez en suspenso.

Es muy probable que en la doctrina jurisprudencial limitativa de la operatividad del art. 1479, haya componentes sociológicos y hasta corporativos, pues como se ha señalado, *“el juez se halla predispuesto contrariamente a volver a examinar un asunto fallado, e incluso es posible que se encuentre poseído de un cierto temor reverencial si se trata de una sentencia de la Audiencia”*³¹⁴.

La doctrina que en la actualidad está mas impuesta es la de que se produce cosa juzgada respecto de aquello que tuvo cabida y se trató en el mismo, o pudo tenerla³¹⁵, pero es una fórmu-

314. SEIJAS.- Ob.Cit, pág.302.

315. “Es doctrina de la Sala 1ª del TS que el proceso ordinario que se reserva a las partes después del juicio ejecutivo está limitado a dilucidar las cuestiones de fondo relacionadas con el contrato causal, pero sin que puedan reproducirse en él las excepciones que pudieron alegarse y resolverse definitivamente en el ejecutivo, siendo requisito indispensable para que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo produzcan la excepción de cosa juzgada en el ordinario promovido posteriormente que en ellas haya abordado el órgano jurisdiccional en toda su amplitud la cuestión jurídica de fondo, a fin de dejarla resuelta definitivamente, pese a la naturaleza sumaria de aquellos juicios.(STS de 8.6.1969 y 17.3.1989)”.

la excesivamente abierta, que no resuelve nada, y que además tiene la grave objeción de que los temas que hayan podido tratarse, lo son con limitaciones, y voy a poner dos ejemplos:

1) En caso de discusión sobre el importe del crédito bancario realmente debido, derivado de una póliza con apariencia de todos los requisitos del art.1435 de la LEC, en el juicio ejecutivo podemos oponer la inexactitud de la cantidad reclamada, por no ser conforme al saldo final, a las estipulaciones del caso, y partidas concretas del mismo, a través de varios motivos de oposición, lo cual lleva, a proponer y practicar una prueba pericial contable, en el plazo máximo de diez días. Son limitaciones propias de los procedimientos en los que se da una cognición sumaria, con la inevitable consecuencia de no producción de cosa juzgada, en el sentido mas completo y literal de la expresión.

2) Si es en supuesto derivado de letras de cambio, fijémonos, en toda la problemática surgida en orden a la posibilidad de oponer la falta de provisión de fondos, y otros temas relacionados con el contrato causal, habiéndose extendido la opinión de que, dada las limitaciones del procedimiento, solo en casos claros y poco complicados puede entrarse a conocer de tales cuestiones³¹⁶. Pues bien ¿dónde está el límite de esa complicación cognoscitiva?

Por lo demás, el conocimiento aparece limitado desde todos los frentes:

a) En los motivos de oposición.

b) En el propio contenido de la “sentencia de remate”, que no puede contener declaración de derechos.

316. Ver GÓMEZ DE LIAÑO, F.-Jurisprudencia cambiaria cit.,pág.218 y sig.

c) En los plazos probatorios muy breves.

d) En las limitaciones de recurso. Hay procedimientos ejecutivos de cuantía enorme, con una problemática jurídica compleja, que no tienen acceso a la casación, precisamente por ventilarse en esta categoría procedimental, y cuando queremos llevar al tema a un plenario posterior, podríamos tener graves dificultades, al aplicar aquella doctrina jurisprudencial restrictiva.

Pienso que la disposición del art.1479 es correcta y debe interpretarse en el sentido mas literal posible, pues "*in claris non fit interpretatio*", viniendo a recoger la doctrina del art.972 de la LEC de 1855, que después de decir "*esta clase sentencias no producen excepción de cosa juzgada*" añadía que "*cualquiera que sea la sentencia que pusiese término a ese juicio, quedan lo mismo al actor que al reo, su derecho a salvo para promover el ordinario*", doctrina que es muy consecuente con la limitación de conocimiento que hay en el juicio ejecutivo, y que llevan a SEIJAS, que hizo una tesis doctoral sobre el tema a decir que nos encontramos ante un círculo vicioso, porque en el ejecutivo solo hay una sombra de cognición, y en el declarativo posterior, no se pueden examinar los motivos que ya se opusieron o se pudieron oponer³¹⁷, y concluye a mi juicio acertadamente que estarían únicamente amparadas por la excepción de cosa juzgada las cuestiones comprendidas en los motivos de oposición núm.7 y 11 del art.1464 y 3 y 4 del 1467. Las demás cuestiones deben en principio tener abierta la posibilidad que el art.1479 reconoce sin limitaciones, dada la cognición limita-

317. SEIJAS.- Ob.Cit, pág.53.

da que en la eventual incidencia cognoscitiva puede plantearse³¹⁸.

Por ello parece claro que no habiendo existido una cognición completa³¹⁹, la cosa juzgada tampoco puede serlo³²⁰, porque el litigio solo ha sido resuelto de forma rápida y provisional, propia de los juicios sumarios, y en estos casos, dice *FAIREN*, es preciso que la ley arbitre vehículo, para que las partes puedan atacarse y defenderse con la holgura necesaria, esto es, tras el sumario, debe arbitrarse la posibilidad del ordinario³²¹.

Y si ésto es así, debería someterse a revisión la doctrina jurisprudencial que limita la aplicación literal del art. 1479, porque la función del juicio ejecutivo, como sumario que es, reside en obtener de forma rápida la efectividad de un crédi-

318. Señala efectivamente SEIJAS, en Ob.Cit, pag.299, "Nuestra contribución en este punto consiste precisamente en demostrar, que en la fase de oposición al título ejecutivo, tampoco existe cognición plena de excepciones y nulidades, que al amparo de los arts.1.464,1.465,1.466, y 1.467 de la L.E.C. pueden ser examinados en dicha fase de oposición, ya que ni puede hacerse" declaración de derechos", ni, en consecuencia, pueden entrarse verdaderamente en el fondo del asunto. La cognición del juicio ejecutivo, en el trámite procesal en el que podría hacerse -fase de oposición- es prácticamente una cognición de ritos y formalidades."

319. No obstante algunos autores sostienen lo contrario. ORTELLS RAMOS en su prólogo a la ob.cit de Bonet Navarro, El juicio ejecutivo cambiario, señala "No hay, pues, en el juicio ejecutivo cambiario restricción del conocimiento judicial en el sentido de limitación de medios de ataque y de defensa. No hay tampoco limitación de los medios de prueba admisibles, pues la exclusiva eficacia de la prueba documental en cuanto a los diversos hechos relevantes se explica por el requisito jurídico material de la vinculación del derecho al título". Opinión que no comparto porque si el deudor no puede plantear temas de alguna complejidad relacionados con el contrato causal, hay necesariamente una limitación de conocimiento, como tampoco la exclusiva eficacia de la prueba documental, que puede destruirse en el incidente de la oposición, y ahí reside precisamente la posibilidad de su existencia.

320. Ver UGO ROCCO.-Teoría general del Proceso Civil. Traducción de J.Tena.México 1959, pág.533 y sig.

321. FAIREN GUILLEN.-Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo. En Temas del Ordenamiento Procesal, Madrid 1969, Tomo II, pág.827.

to aparente, recogido en el título, con una evidente limitación en el conocimiento, pudiendo quedar las partes en una evidente situación de indefensión a través de la doctrina restrictiva sobre el declarativo posterior.

Ese declarativo posterior viene a configurarse como un proceso rescindente del anterior, de manera que como señala la sentencia del TS de 29 de mayo de 1984, si en el ordinario se demuestra que la deuda era incierta y no exigible por excepciones que no pudieron alegarse en el juicio ejecutivo habrá que dejar sin efecto la sentencia de remate, y las costas impuestas.

Son pocos los casos que llegan al Tribunal Supremo, sobre la interpretación del art. 1479, ya que la doctrina cerrada a la que hicimos referencia, está limitando los declarativos posteriores, y si a ello unimos la progresiva limitación cuantitativa del recurso de casación, encontramos las razones de ese escaso conocimiento. No obstante me parece que esa sentencia recoge una doctrina que es clara y elemental, y que quizás habría que matizar con algunas precisiones, y así resultaría:

Primero.- Que si en el declarativo posterior se demuestra que la deuda era incierta y no exigible habrá que dejar sin efecto la sentencia de remate y las costas impuestas. No soy partidaria de la limitación que comprende, de que *“por excepciones que no pudieron alegarse en el juicio ejecutivo”*, dadas las limitaciones apuntadas de conocimiento. Si pudieron alegarse pero no pudieron conocerse plenamente, por limitaciones cualitativas (imposibilidad de entrar de lleno en las relaciones causales), cuantitativas (tratar todos los problemas de los que pudieran traer causa), o temporales

(límites de período probatorio y alegatorio), me parece clara la oportunidad de la defensa ulterior en el declarativo. Es más, pienso que es un imperativo constitucional, derivada de la prohibición de los límites en la defensa.

Segundo.- Y “*sensu contrario*”: si en el plenario se demuestra que la deuda era cierta y exigible en contra de lo que se dispuso en el ejecutivo, quedará también sin efecto la sentencia de remate y las costas que indebidamente se impusieron al ejecutante.

El tema de costas, hoy tiene gran transcendencia, dada la cuantía desorbitada a que ascienden³²², y en el tema que nos ocupa, es otro gran desconocido, que en la práctica se resuelve de forma anárquica, y que puede llevar a situaciones de clara injusticia³²³. Parece también claro que el declarativo posterior trata de atacar lo resuelto en el anterior ejecutivo, incluso las costas, que son consecuencia del principal, y siguen su camino, y si se resuelve en sentido contrario, lo será con todos sus efectos y por eso la cuantía del declarativo tendrá en cuentas las costas causadas en el ejecutivo, como sostiene SEIJAS, añadiendo que “*las costas del juicio*

322. Ver PASTOR PRIETO.- ¡Ah de la Justicia! Política judicial y económica. Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág.46 y sig.

323. En juicio ejecutivo núm.507/93 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Oviedo, se dictó sentencia desestimando la demanda y absolviendo al demandando de las pretensiones deducidas en su contra con imposición de costas al ejecutante” lo que revela ya la idea que se sostenía sobre lo que es un juicio ejecutivo. Se basaba en que el título ejecutivo era nulo. En declarativo posterior, se dictó sentencia declarando que el título era correcto y “debía desplegar los efectos que le son propios”. Se solicitó por el ejecutante la devolución de las costas que había pagado en aquel ejecutivo, y no se consiguió quedando resuelto el tema definitivamente por Auto de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 23 de mayo de 1997, porque de la sentencia recaída en el declarativo no se “permite inferir la anulación ni expresa ni tácita del ejecutivo anterior.”

*declarativo posterior deberán ser impuestas obligatoriamente al perdedor del mismo en todas las instancias, con el fin de que no se pierda el contenido económico del título ejecutivo*³²⁴.

Pienso que ésta es la doctrina que late en aquella sentencia del TS antes citada de 29 de mayo de 1984, en el sentido de que la disposición del declarativo contraria a lo resuelto en le ejecutivo deberá también tener consecuencias en las costas, pues está demostrándose que su imposición fue incorrecta al derivar de la causa que se acreditó improcedente, y como se desprende la consecuencia segunda a la que hemos llegado antes.

No lo entiende así el auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 23 de mayo de 1997, que al analizar esta sentencia del TS no la aplica al caso de autos, en el que en el declarativo se dijo que el título era correcto, en contra de lo dispuesto en el ejecutivo anterior en el que se dijo que era nulo, por entender que “*lo que el Alto Tribunal declara es que “si en el ordinario se demuestra que la deuda era incierta y no exigible por excepciones que no pudieron alegarse en el juicio ejecutivo habrá que dejar sin efecto la sentencia de remate”, mientras que en el caso de autos, en el juicio ejecutivo se desestimó la pretensión del ejecutante por nulidad o por defectos del título que privan a este de fuerza ejecutiva*”, olvidando ésta resolución que al dejarse estos sin efecto en el declarativo posterior, por los propios fundamentos y doctrina de aquella sentencia del TS, el resultado es precisamente el contrario de aquel a que llega.

324. SEIJAS.- Ob.Cit., pág.304.

Son cuestiones, que tiene gran importancia en la práctica y que se vienen resolviendo sin un norte y orientación clara, precisamente por toda la ambigüedad que viene reinando en torno a este art. 1479, debiendo de quedar lo mas claro posible, que lo que significa es la ineficacia del ejecutivo anterior cuando se resuelve en el declarativo lo contrario a lo que en aquel se dijo.

VIII.

***CONSIDERACIONES EN
ORDEN A LA FUTURA REFORMA***

Es fácil deducir de nuestra exposición, que el crédito bancario, tiene en el derecho material una conformación unitaria, en el sentido de que responde a un único planteamiento: el cliente precisa financiación en general, que se instrumenta a través de una documentación, que en caso de incumplimiento o impago, tiene soluciones diversas, si bien las entidades bancarias buscan afanosamente la vía ejecutiva, porque es sin duda, mas interesante y expeditiva.

En este orden de cosas se partirá de una determinación clara de los títulos, conservando la letra y el pagaré un régimen similar al actual, si bien se aprecia la tendencia a la intervención de fedatario en los mismo³²⁵, cuestión con la que no estamos de acuerdo, porque son instrumentos que tradicionalmente han nacido y surgido de forma privada y particular, en consonancia con la agilidad del tráfico comercial al que sirven, y la intervención de fedatario viene a suponer un obstáculo importante, tanto en su aspecto operativo como en el económico.

325. El borrador de proyecto de la LEC, publicado por el Ministerio de Justicia en abril de 1997, al referirse en su art.52l a los títulos ejecutivos, recoge en su punto 6 a la "letra de cambio, el cheque, y el pagaré intervenidos por fedatario".

En el caso de créditos derivados de pólizas en general en cualquiera de su modalidades, es necesario que la ley determine de una manera más concreta la documentación constitutiva del título y sus formalidades, para evitar la dispersión que existe en el momento presente en la doctrina diferente de los tribunales.

I.- Borrador de Proyecto de la LEC de abril de 1997.

Los diferentes proyectos de reforma que se vienen sucediendo en los últimos tiempos son conscientes de esta necesidad, y el Borrador de proyecto de la LEC, publicado por el Ministerio de Justicia en abril de 1997, señala sobre el particular:

“1.- Cuando la cantidad determinada por la que se solicite el despacho de ejecución sea el importe del saldo que arroje el cierre de una situación de cuenta corriente o similar entre el ejecutante y el ejecutado, a la demanda ejecutiva se acompañaran:

a) La póliza contrato, intervenido por fedatario público, en que se hubiese pactado el modo de determinar el saldo por el que podrá despacharse ejecución.

b) El documento en el que se detallen las partidas del cargo y abono y las operaciones de aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide despache ejecución.

c) El documento o diligencia que acredite haberse practicado la liquidación con arreglo a lo pactado.

2.- También podrán acompañarse a la demanda los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono.

3.-Si el acreedor tuviera duda sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que le resulte indubitada, y reservar la reclamación del resto para el juicio ordinario que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución.”

La única innovación respecto a la reglamentación vigente reside en el acompañamiento de documento en el que se detallen las partidas de cargo y abono, y las operaciones de aplicación de intereses, lo cual no supone gran cosa, pues no servirán al juzgador, que en especial cuando sean abundante no las va a comprobar, y el ejecutado ya las tiene en su poder. Hoy este aspecto está cubierto en el sentido que si la cuenta no ha sido correcta, tiene el ejecutado a su alcance la posibilidad de formular oposición.

Sería más interesante caminar hacia una simplificación del título, porque en el fondo de la cuestión siempre existe una determinación unilateral de la cantidad, y seguirá siendo así, porque en los supuestos de impago y morosidad no puede buscarse una colaboración del deudor.

Así mismo partimos de la conveniencia de continuar con el “privilegio” del acceso directo a la ejecución de los créditos de esta naturaleza. Ello supone un depósito evidente de confianza, propio de las buenas relaciones en el sentido tradicional del comercio. Y partiendo de ella, luego queremos establecer unas garantías que por mas vueltas que se les da siempre son artificiales, pues a la hora de la verdad, la cantidad debida, en sus términos exactos siempre podrá ser objeto de discusión, por el simple tema de la aplicación de las tablas de intereses, y del cómputo de días.

Y bajo estas premisas, la certificación del fedatario ni quita ni pone nada. La póliza con la certificación del saldo, podría ser suficiente. Los derechos del deudor quedarían garantizados, con la simple posibilidad de oposición, estableciéndose incluso una penalidad civil (sanción del duplo de la cantidad reclamada en exceso, por ejemplo), para que el ejecutante cuidase de la determinación exacta de la líquida cantidad. Desde la base de que esa cantidad depende siempre de cuentas que maneja la entidad bancaria acreedora, serán inútiles las vueltas que queramos dar al sistema: la intervención del fedatario en la certificación del saldo, es hoy tal y como esta planteada un trámite y un gasto inútil.

Por lo demás el punto tres del borrador de proyecto citado, es inocuo, porque esa posibilidad ya existe hoy, incluso en su simultaneidad, puesto que nada se opone a que se presente a la vez procedimiento declarativo y ejecutivo, por cantidades no concurrentes del mismo crédito.

II.-Anteproyecto de Diciembre de 1997.

En los artículos 574, 575 y 576 se regula, bajo el epígrafe de la ejecución dineraria, el tema que nos preocupa viniendo a realizar una unificación en base a partir de todos aquellos créditos que deriven de contratos formalizados en escritura pública o póliza intervenida con referencia al pacto de ejecución y de liquidez al señalarse:

-Art.574: “ *Cantidad líquida. Ejecución por saldo de cuenta.*

1.-Para el despacho de la ejecución se considerará líquida toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles. En

caso de disconformidad entre distintas expresiones de cantidad, prevalecerá la que conste con letras. No será preciso, sin embargo, al efecto de despachar ejecución, que sea líquida la cantidad que el ejecutante solicite por los intereses que se pudieran devengar durante la ejecución y por las costas que ésta origine.

2.- También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo.

En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado la cantidad exigible resultante de la liquidación.”

-Art.575:” Documentos que han de acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta.

1.-En los casos a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior, a la demanda ejecutiva deberán acompañarse, además de los documentos a que se refiere el artículo 541, los siguientes:

1º.-El documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el detalle de las partidas de cargo y abono y las operaciones de aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución.

2º. El documento que acredite haberse notificado al deudor la cantidad exigible.

2.-También podrán acompañarse a la demanda, cuando el ejecutante lo considere conveniente, los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono.

3.-Si el acreedor tuviera duda sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que resulta indubitada y reservar la reclamación del resto para el juicio ordinario que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución.

-Art.576: *“Ejecución en casos de intereses variables.*

1.- El ejecutante expresará en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de la ejecución en los siguientes casos:

1ª Cuando la cantidad que reclama provenga de un préstamo o crédito en el que se hubiera pactado un interés variable.

2ª Cuando la cantidad reclamada provenga de un préstamo o crédito en el que sea preciso ajustar las paridades de distintas monedas y sus respectivos tipos de interés.

2.- En todos los casos anteriores será de aplicación lo dispuesto en los apartados segundo y tercero del artículo anterior.”

Evidentemente se trata de recoger las preocupaciones que viene poniendo de manifiesto la doctrina en orden a obtener una mayor seguridad en el despacho de la ejecución, evitando la injusticia de la misma, y en especial las operaciones que deben de realizarse para que la liquidez que

resulta de la póliza bancaria y de su desarrollo no sea meramente mecánica y pueda conocerse en cualquier momento las bases que han servido para llegar a la misma y por eso se permite que se acompañen a la demanda los correspondientes justificantes de las partidas de cargo y abono, si bien como una posibilidad, no como una obligación. Realmente es el propio ejecutante el que debe de poner el mayor interés en acreditar la adecuación del saldo. Sin embargo también el propio juzgador deberá de tener los mayores elementos de juicio a la hora de acordar el despacho de ejecución y por supuesto el demandado deberá conocer también los extremos, datos y circunstancias de los cuales se hubiesen deducido la cantidad por la que se le ejecute por cuyo motivo más que una facultad del ejecutante debería articularse como una obligación.

Tenemos que mostrar nuestras reservas en orden a la trascendencia que se da al pacto sobre la forma de realizarse la liquidación, habida cuenta de las circunstancias en las que se produce la formalización de dicho pacto, incluido en las consabidas cláusulas estereotipadas que se imponen en tantas ocasiones en esa letra pequeña que ni siquiera se lee y que puede tener problemas por aplicación de la legislación de consumo.

No obstante parece positivo el hecho de enfrentarnos ante la posibilidad de mejorar la regulación de esta materia que tantos conflictos está originando en la aplicación cotidiana por los tribunales del derecho vigente.

En cuanto al trámite específico para su exigencia ejecutiva, se perfila un procedimiento similar al juicio ejecutivo

actual, matizándose cuestiones como el contenido de la demanda ejecutiva o los documentos que deben acompañarse a la demanda, tratándose de proporcionar una base documental suficiente a fin de que el juez tenga los mayores elementos de juicio, puesto que en el Anteproyecto se ratifica la idea que venimos sosteniendo de que estamos ante un verdadero proceso de ejecución, señalándose con toda claridad en el art.552 que: "La ejecución forzosa comenzara con el auto en el que se despache ejecución y solo terminara con la completa satisfacción del acreedor ejecutante". Lo cual es evidente y a juicio de un amplio sector doctrinal así ocurre ya en el juicio ejecutivo actual ya que en todo caso el juez inaudita parte acuerda o deniega una ejecución.

En el Anteproyecto se determina el contenido del auto de ejecución incluyendo las medidas ejecutivas que procede realizar. También se trata de recoger unos motivos de oposición distinguiéndose aquellos de carácter procesal (falta de personalidad, de capacidad o representación. Defecto en el modo de proponer la demanda, nulidad del despacho de ejecución) o de fondo (pago, compensación, prescripción y caducidad, quita, espera o pacto de no pedir, transacción cuando conste en documento público y pluspetición con las especialidades que contiene.)

La oposición se sustanciara por el juicio verbal configurándose como un verdadero incidente dentro de la ejecución en la que el ejecutado se convierte en actor.

Se matiza así mismo el alcance de la sentencia y la posibilidad de un juicio declarativo posterior que se limita en los terminos siguientes:

-art.567: "Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda."

Realmente el tema de la cosa juzgada en el juicio ejecutivo es un tema conflictivo que ni está resuelto en el momento presente, con la doctrina jurisprudencial limitativa del principio, ni lo está en el anteproyecto. Si queremos ser respetuosos con el derecho de defensa, a todo conocimiento sumario que lleva la consecuencia ineludible de defensa sumaria y decisión también limitada por parte del juez, debe de quedar abierta como regla general la posibilidad de una defensa sin límites en el declarativo que corresponda, en el que evidentemente podrá valorarse lo actuado en el anterior. No parece admisible conciliar el concepto de sentencia, concepto de cosa juzgada y conocimiento sumario.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAN SANMATEO, JOSÉ.- *La habitualidad de los créditos bancarios formalizados en escritura notarial*. "Crónica Tributaria"(CT),núm. 45, 1983.
- AGUILAR CANOSA.- *La responsabilidad de las Entidades de crédito en España versus países de la Unión Europea*. "LA LEY", Núm.3838 de 4 de Agosto de 1995.
- ALLORIO.- *El ordenamiento jurídico*, en "Problemas de Derecho Procesal", Buenos Aires, T.II, 1963(trad. Sentfs).
- ANGELONI.V.- *Lo sconto*. Studio di Diritto bancario. Milán 1919.
- APARICIO, J.A.- *Voz<<Descuento>>*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. III, Barcelona 1955.
- ARROYO MARTÍNEZ,I.- *Prólogo al Código de las leyes de agentes mediadores oficiales, Bolsas y mercado de valores mobiliarios*, de J. RAMÓN CANO, Edi. Tecnos, 1983.
- AUER.- *Die rechterliche Korrektur der Standaardvertrage*, Berna 1964.
- AZORIN RONCERO,J.- *Las acciones procesales en el contrato de descuento bancario*. En "RGD",1984.
 - *La Ley General de Protección de los Derechos de Usuarios y Consumidores. Operaciones Bancarias*. En" RGD",1985.
- BALDO DEL CASTAÑO, V.- *Naturaleza jurídica del contrato de descuento de la letra de cambio*, en "RJC", 1976.
- BALLESTA BERNAL,V.- *Obligatoriedad o no de la presencia física del Fedatario Publico en el acto de intervención de las Pólizas de Crédito*." *Revista General de Derecho*", núm. 517-518., oct.-nov., 1987.
 - *El descubierto en cuenta corriente y su relación con los contratos de crédito: problematica*. En" RGD", 1988.
- BARBA DE VEGA, JOSÉ.- *Garantías reales en las operaciones de apertura de crédito bancario. Títulos valores: concepto. prenda de títulos*.

- Naturaleza jurídica de las libretas de imposiciones a plazo y de los certificados de depósito. Prenda "irregular" de dinero.* En " Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil", núm.10, Ene-Mar. 1986.
- BARUTEL MANAUT.- *Las tarjetas de pago y crédito.* Edi. Boss. Barcelona 1997.
- BARTOLOME LABORDA.- *Fe pública mercantil,* Barcelona 1977.
- BAUCHE GARCÍA DIEGO,Mario.- *Operaciones bancarias,* 5ª ed., México,1985.
- BAYO DELGADO, Joaquín.- *Liquidez, Vencimiento y Ejecución y art.1.435 LEC., Comunicación al "Curso sobre contratos de adhesión y derecho de los Consumidores"* del C.G.P.J., Marzo 1992, Cuadernos de Derecho Judicial, VI.
- *El juicio ejecutivo por pólizas de contratos mercantiles: el despacho de ejecución.* En "Cuadernos de Derecho Judicial". El juicio ejecutivo. Publicación del Consejo general del Poder judicial. Madrid 1994.
- BAYO DELGADO; ESCRIBANO MORA Y SARAZA JIMENA- *Repercusiones prácticas de la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992 de 10 de Febrero y de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal en los juicios ejecutivos fundados en pólizas de contratos mercantiles,* en "Actualidad Civil", 1992-4.
- BECENÑA,F.- *Los procedimientos ejecutivos en el derecho procesal español.* En "RPV" ,Núm. 82-83, 1920.
- BONARDELL LENZANO.- *La determinación de la liquidez de la deuda reclamable en los procedimientos ejecutivos derivados de contratos bancarios,* en "Cuadernos de Derecho y Comercio", 1987.
- BONSIGNORI, A.- *L'esecuzione forzata,* Torino, 1990.
- BOTANA GARCÍA, G.A.- *Noción de Consumidor en el Derecho Comparado,* en "Estudios sobre Consumo", núm.18, 1990.
- *Incidencia de los instrumentos de Derecho Comunitario en la protección de los consumidores,* en "AC", núm.3, 1993.
- BRAVO, E.- *De la administración de justicia.* Imprenta de Correo de Andalucía, 1862.
- BRONZINI.- *Conto corrente bancario: efficacia del saldaconto,* in "Arch. civ.",1991.
- BROSETA PONT, M.- *Manual de Derecho Mercantil,* 6ªEd.,Madrid 1985.
- BUCOLO, F.- *Problemi di pratica giudiziaria esecutiva.* Padova,1970.
- BUESO GUILLÉN.- *Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva Comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores,* en "Revista de Derecho Bancario y Bursátil", julio-septiembre 1995.

- BUONOCORE.- *Scoperto di c/c ed obbligo di eseguire gli incarichi rimessi dal correntista*, in "Banca e Borsa", I, 1967.
- BUSSOLETTI.- *Obblighi e modalita di tenuta delle scritture contabili con particolare riferimento alle imprese bancarie*, in "Banche e Banchieri", 1980.
- CABALLERO GEA.- *Del juicio ejecutivo*, L.II, T.XV, S.1ª, arts.1429-1543, en *Colección de Códigos y Leyes. Problemática judicial. Ley de Enjuiciamiento Civil: Libros II y III*, arts. 460 al final, juicio de cognición, suspensión de pagos y especial estudio de las tercerías, Madrid 1992.
- CABRAS.- *Efficacia probatoria dell'estratto dei saldaconti bancari e fallimento del cliente*, in "Giur. Comm.", II, 1979.
- CALDERÓN CUADRADO, M.P.- *Evolución histórica de la letra de cambio como título ejecutivo*. En "RGD", núm. 544-45, Enero-febrero 1990.
- CALTABIANO.- *Il conto corrente bancario*, Padova 1967.
- CALVO SANCHEZ, Mª DEL CARMEN.- *Exposición del proceso monitorio en el ordenamiento procesal penal alemán, italiano y portugués*. Documentación Jurídica, num.69, T.XVIII, 1991.(publicado en octubre de 1992).
 - *Los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. En "Actualidad Jurídica Aranzadi", num.157, 7 de julio de 1994.
- CÁMARA MINGO, L.Mª.- *Prestamos bancarios: certificación de la deuda líquida a efectos de su reclamación ejecutiva*. Comentarios a dos autos de la Audiencia Territorial de la Coruña, de 30 de julio de 1987. "La Ley", 1987-4, 1117.
- CAMPOBASSO, G.F.- *Depositi bancari*, in "Banca e Borsa", I, 1963.
- CANO RICO.- *Contratos bancarios y sobre títulos valores*, en "Manual práctico de contratación mercantil", Tomo II, Madrid 1985.
- CANTALBIANO.- *Brevi note in tema di approvazione del conto corrente*, in "Giur. it." 1960.
 - *Il conto corrente bancario*, Padova 1967.
- CARBONE.- *Contratos de adhesión*, Buenos Aires 1922.
- CARNELUTTI.- *Título ejecutivo*, en "Riv.Dir.proc.civ.", 1935.
 - *Sistema de Derecho Procesal Civil*, II, Composición del proceso, Buenos Aires, 1944,(Trad. Alcala-Zamora y Sentís Melendo).
 - *Teoría generale del diritto*. Roma, 1951.
 - *Derecho y Proceso. Traducción de Sentis Melendo*. Buenos Aires 1971, Tomo I.
- CARRERAS LLANSANA.- *El embargo de bienes*. Barcelona 1957.

- *El llamado juicio ejecutivo de la LEC*, en "RDP", núm.1, 1961.
- *Consideración general del juicio ejecutivo*. En "Cuadernos de Derecho Judicial". Juicio Ejecutivo. Publicación del CGPJ, Madrid 1993.
- CASALLS COLDECARRERA, M.- *La eficacia de la ejecución*, en el Vol. "para un proceso civil eficaz" (ed. de Francisco Ramos Méndez). Barcelona, 1982.
- CASTILLEJO MANZANARES.- *El juicio ejecutivo basado en pólizas bancarias*. Edi. Tirant lo blanch, Valencia 1996.
- COLAGROSO.- *Diritto bancario*, Roma 1947.
- COLTRO-CAMPI.- *I contratti bancari nella giurisprudenza*, in "Raccolta Rotondi", Padova 1977.
- CORBELLA.- *Póliza*, en "EJE", T.25, Barcelona.
- CORTES DOMÍNGUEZ.- *La deuda en divisa extranjera y el juicio ejecutivo*. En "Justicia" 1982, II.
- *Del procedimiento ejecutivo*, en "Comentarios de la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil", Madrid 1985.
- *Comentario al art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en "Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Madrid 1985.
- *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1991.
- *La Reforma en el juicio ejecutivo y proceso de ejecución*. En "Comentarios sobre la Reforma Procesal", de F. GÓMEZ DE LIAÑO (Coordinador) y otros Autores, Oviedo 1992.
- *Derecho procesal. Proceso Civil*. (Con GIMENO SENDRA Y MORENO CATENA) Valencia 1993.
- COUTURE.- *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires 1988.
- CUÑAT, V.- *El artículo 1.170 del Código Civil y su aplicación a la entrega de letras de cambio*, en "Revista de Derecho Mercantil", núm.127, Ene-Marzo 1973.
- CUÑAT EDO.- *La interpretación de los art.460 y 525 del Código de Comercio*. en "ADC", 1976.
- DAMIAN MORENO.- *El juicio ejecutivo*, En la Reforma Procesal Civil, Penal y Administrativa de 1992. Estudio Sistemático de la Ley 10/92 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, con GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO Y GARBERI LLOBREGAT, Edi. Colex, Madrid 1992.
- DE ÁNGEL YAGUE, R.- *Comentario al código civil*. Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- DE LA PLAZA, M.- *Los principios fundamentales del proceso de ejecución*. en "RDPriv.", 1944.

- DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS.- *El nuevo artículo 1435 de la L.E.C. y la liquidez de la cantidad que parezca adeudarse según contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en Póliza intervenida*, en "Revista de Derecho Procesal", 1986/1.
 - *Nuevas consideraciones sobre el art 1435 de la Ley de Enjuiciamiento civil: liquidez de los créditos bancarios en el juicio ejecutivo*. "La Ley", 1989-3.
- DE LA OLIVA SANTOS y FERNÁNDEZ LÓPEZ.- *Derecho Procesal civil*. T.IV., Madrid 1991.
- DE MARTINI.- *Rassegna critica di giurisprudenza e di dottrina sui contratti bancari*, in "Banca e Crédito Agrario", 1951.
- DE MIGUEL Y ALONSO, C.- *Problemática de la ejecución forzosa en lo civil*. En "RDP", 1965.
- DENTI.- *Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione*, en "RDP", Núm.1, 1965.
- DE SIMONE.- *A propósito dell'efficacia probatoria nel giudizio de cognizione del certificato di saldaconto*, in "Banca e Borsa", 1991, II.
- DÍAZ MORENO, Alberto. *La constitucionalidad del penúltimo párrafo del art.1435 de la ley de Enjuiciamiento Civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992 de 10 de febrero*. En "La Ley", 1992-3.
- DÍAZ RUIZ.- *Ejecución de pólizas bancarias de crédito*. En "RDBB", 1988, núm.30.
- DIEZ CREMARES.- *Comentario a la recomendación de la comisión de 17 de Noviembre de 1988 relativa a los sistemas de pago y en particular en las relaciones y particulares y emisores de tarjetas*, en "Noticia C.E.E.", 1990, núm.64.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN.- *Fe pública y documento publico*, en la "Fe publica", jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado, Abril 1994, Consejo General del Notariado, 1994.
- DOMINGO GONZÁLEZ, Vicente.- *La fe pública de los Agentes de Cambio y Bolsa y de los Corredores de Comercio Colegiados*, Gerona 1976.
 - *Contribución de los corredores de comercio a la seguridad jurídica del sistema financiero y a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores*. En "La Ley", 1993-3.
 - *La función notarial de los Corredores de Comercio Colegiados* (Texto del artículo doctrinal publicado en el Diario LA LEY correspondiente a los días 12 y 13 de Octubre de 1995), LA LEY-ACTUALIDAD.

- *Los documentos intervenidos por Agentes Colegiados*, en "Primer Seminario".
- DI SABATO.- *Sull'efficacia probatoria dei certificati di saldaconto di cui all'art. 102 della legge bancaria*, in "Dir. Giur." 1967.
- DOMÍNGUEZ DE MOLINA, J.- *La Cuenta Corriente y la Cláusula "s.b.f."*, en "RJC", 1947, T.III.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.- *El Agente Mediador depositario de la fe pública mercantil*. En "I Seminario de Estudios sobre la Fe Pública Mercantil", Pamplona 1975.
- DURAN BRUJAS, MIGUEL.- *Notas sobre la modificación del art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/1984, de 6 de agosto*. En "Boletín de información del Ministerio de Justicia", núm.1458, jun. 1987.
- EIZAGUIRRE, J.- *Cuenta corriente bancaria y cláusulas <<sin gastos>> (En torno a la Sentencia del TS del 7/3/1974)*, San Sebastian, 1978.
- ESTEPA MORIANA, V.- *El juicio ejecutivo como proceso de ejecución en el derecho histórico español*. "RDPIA", 1977, núm.1.
- EMBED IRUJO, J. M.- *Contratos bancarios y cuenta corriente bancaria*, en "Contratos Bancarios", Civitas, Madrid 1992.
- FAIREN GUILLÉN.- *Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el Ordenamiento Procesal Sevillano de 1360*. En "RDP", núm.2, 1950.
- *Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo*. En *Temas del Ordenamiento Procesal*, Madrid 1969.
- FENECH NAVARRO.- *Estudios de Derecho procesal*. Barcelona 1962.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A.; RIFÁ SOLER, J.M.; VALLS GOMBAU, J.F.- *El juicio ejecutivo*. La Ley-Actualidad, Madrid 1997.
- FERNÁNDEZ DE AGUIRRE.- *La tarjeta de crédito como medio de pago*, en "Banca Española", núm.112, 1979.
- FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L.- *Los préstamos y créditos sindicados con interés variable*. en "Nuevas Entidades y figuras contractuales y garantías en el mercado financiero", Madrid 1990.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.- *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982.
- *El pacto de liquidación del art.1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en "Contratos de adhesión y condiciones generales", Madrid 1993.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ E ILLESCAS RUS.- *Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigida por ALBARCAR LÓPEZ, Edi. Trivium, Madrid 1994, Tomo II.
- FERRI, GIUSEPPE. - *Manuale de diritto commerciale*, seconda edizione, Unione Tipografico editrice Torinese, Torino, 1960.

- *Conto corrente di corrispondenza* in Enc.del diritto", IX, Milano 1961.
- FIORENTINO.- *Il conto corrente*, Torino,1953.
 - *Del conto corrente*, in" Commentario al Codice Civile a cura di SCIALOJA E BRANCA", Bologna 1956.
 - *Le operazioni bancarie*. Napoli 1959.
 - *Conto corrente,contratti bancari*, nel" Comm. dei Cod.civ. a cura de SCIALOJA E BRANCA", Bologna 1981.
- FOGLIA E SPARANO.- *Alcuni rilievi sull'art. 102 della legge bancaria*, in" Banca e Borsa e Titoli di crédito", 1970, I.
- FUGARDO ESTIVIL.- *La intervención de fedatario publico mercantil según la Ley 19/1989 en la transmisión o prenda de participaciones sociales. Los antecedentes legislativos y la interpretación doctrinal*, en "Revista de Derecho y Comercio", 11 de Septiembre 1983.
- GALÁN CORONA, E.- *En torno a la competencia del Corredor de Comercio para la intervención de poderes*. en "Cuadernos de Derecho y Comercio", núm.1, Enero, 1987.
- GALASSO.- *Il contratti bancari*. Milano, 1973.
- GARBAGNATI.- *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*. Milán 1938.
 - *La prova scritta dei procedimenti di ingiunzione*. in "Riv. Dir. Proc.", 1966.
- GARCÍA AMIGO, M.- *Condiciones generales de los contratos*, en "RDP", Madrid 1969.
 - *La defensa de los Consumidores desde el Derecho privado*. En "RDPriv." 1985.
- GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ, CESAR. *Comentario de urgencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero (BOE de 3 de marzo), en relación con el art. 1435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, En" Revista critica de Derecho inmobiliario" (RCDI), núm. 610, may-jun. 1992, 1371.
- GARCÍA CANTERO, G. - *Préstamo usurario. Se supone recibida mayor cantidad que la entregada. Nulidad radical. Nulidad de la novación condenada en costas omitida y suplida por auto de aclaración.*, En" CCJC", núm.16, 1988.
 - Préstamo,usura y protección de consumidores*. En "Actualidad Civil", Tomo I., 1989.
 - Ventura y desventuras del art.10 de la Ley general de Defensa de Consumidores y Usuarios*, en " AC", núm.22, 1991.

- GARCÍA CRUCES, J.A.- *Contratación Bancaria y Consumo*. En "RDBB", 1988.
- GARCÍA LUENGO.- *Nuevas entidades.Figuras contractuales y garantía en el mercado financiero.Las pólizas de cobertura de riesgo de operaciones bancarias:apreciaciones críticas*. En" RDBB", núm.39 1990.
- GARCÍA PITA Y LASTRES,J.L.- *Descuento bancario, descuento documentario*. En "RDBB", núm.1, 1981.
- *Contrato de descuento y cuenta corriente bancaria: condiciones y consecuencias de una interconexión*, en "RDBB", 1984.
- *La cuenta corriente bancaria en descubierto y los contratos de crédito: Criterios para la interpretación legal y contractual*, en "RDBB", núm.18, 1985.
- *El Contrato Bancario de descuento*. Madrid 1990.
- GARONE.- *In tema di prova delle operazioni di conto corrente*, in "Banca e Borsa ecc.", 1972, II.
- GARRIGUES. J.- *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid 1968, Tomo I.
- *Contratos bancarios*. 2ª edición, Madrid 1975.
- GELSI BIDART.- *Noción legal del juicio sumario*. En "RDP", 1969.
- GENOVESE.- *Le condizioni generali di contratto*, Padua 1954.
- GETE ALONSO.- *El pago mediante tarjetas de crédito*, en "La Ley", Madrid 1990.
- GIANNATTASIO.- *Antizipazioni della banca nel c/c di corrispondenza*, in" Banca e Borsa", 1959,I.
- GIL RODRÍGUEZ.- *Banco contra Banco. Póliza versus Sentencia*, en "Revista Jurídica La Ley", Tomo II, 1991.
- GIMENEZ DE PARGA.- *Repercussions juridiques del pagament electronic i la seve incidencia en el dret comunitario europeo i en el dret espanyol*, en "Revista jurídica de Catalunya", Barcelona 1989.
- GIMENO SENDRA.- *Introducción al Derecho Procesal*, (con MORENO CATENA Y CORTES DOMÍNGUEZ), Edi. Colex, Madrid 1996.
- GIORDANO.- *Il contratti per adesione*, Milán 1951.
- GIORGIANI.- *I crediti disponibili*, Milano 1974.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F.- en colaboración con Rosa GÓMEZ DE LIAÑO.- *Jurisprudencia cambiaria juicio ejecutivo*, 3ª ed., Edi.Forum, Oviedo 1993.
- *El proceso civil*, 3ª Ed., Edi.Forum, Oviedo 1996.
- GÓMEZ DE MENDOZA.- *Consideraciones generales entorno a las tarjetas de crédito*, en "Estudios en homenaje a Joaquín Garrigues", Madrid, 1971, tomo II.

- GÓMEZ SEGADE.- *La intervención de agente mediador y la seguridad del tráfico mercantil*, en "III Seminario sobre la fe publica mercantil", Ediciones Saetabis, Valencia, 1977.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO.- *La Constitucionalidad del artículo 1.435.4º de la L.E.C.. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 14/1992, de 10 de febrero*, En "Estudios de Jurisprudencia", Colex, I-1, junio 1992.
- GRECO.- *Corso di diritto bancario*, Padova 1936.
- GUASP.- *Derecho procesal civil*. Madrid 1961.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES.- *Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España*. En "Estudios de Derecho procesal", Pamplona 1974.
- GUZMÁN, J.Y OTROS.- *Aspectos jurídicos de las operaciones bancarias*. Barcelona 1980.
- HAMEL,J.; VASSEUR,M. Y MARIN, X.- *Banques et operations de banque, t.I: Les comptes en banque*, París, 1966.
- HERNÁNDEZ ANTOLIN, J.M.- *La reforma de las sociedades de responsabilidad limitada y la sociedad comanditaria por acciones*, en "Inst. Empresa", Madrid 1990.
- HERNANDO BAUTISTA.- *La Notificación del saldo deudor (art. 1.435, último párrafo de la L.E.C.), en << Juicio ejecutivo>>*, en "Cuadernos de Derecho Judicial", Madrid 1993.
- HUERTA VIESCA Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA.- *La ejecutividad de las Pólizas bancarias de préstamo (estudio de los párrafos cuarto y quinto del art.1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, en "Revista de Derecho Mercantil", julio-setiembre, Núm. 217, 1995.
- IBÁÑEZ GARCÍA VELASCO.- *Sobre el procedimiento de creación de títulos ejecutivos*. En "Revista de derecho Procesal". 1967, T.I.
- INFANTE PÉREZ.- *Tarjetas de crédito: su estudio jurídico*, en "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid", 1989, núm.6.
- LANGLE RUBIO,E.- *Manual de Derecho Mercantil español*, Tomo III, Edi. Bosch, Barcelona 1959.
- LA VANONI.- *In tema di efficacia probatoria dell'estratto di saldaconto bancario*, in "Banca e Borsa e Titoli di crédito" 1990, I.
- LIEBMAN.- *Le opposizione di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1931, en "Rivista di Diritto Processuale" 1934, núm. 129.
- LOIS PUENTE.- *Anticipación unilateral del vencimiento y procedimiento ejecutivo*. en "La Ley", núm.4145, de 16.10.96.
- LÓPEZ ANTON.- *Créditos a interés variable.Su régimen jurídico*. Edi. Montecorbo, Madrid 1985.

- LÓPEZ MERINO, Francisco.- *La notificación en el Ordenamiento Jurídico Español*, Granada 1987.
- LORDI.- *Le obbligazioni commerciali*, II, 1936.
- LUMBRERAS VALIENTE.- *Aportación a la historia del juicio ejecutivo en el derecho patrio*. En "RDP", núm.2, 1960.
- MACCARONE.- *Operazioni bancarie in conto corrente*, in" AA.VV., *Giur. banc.*" 1984-85.
- MAIMERI F.- *Estratti di scritture contabili e saldaconti, art. 102 della legge bancaria*, in" *Bancaria*", 1980.
-*Potere contrattuale e norme bancarie ininformi*, in "Riv. Dir. Civ.", 1986, II.
- MANRESA NAVARRO, J.M.- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. I.E. Reus, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ DE SALAZAR.- *El derecho de la clientela de las entidades de crédito*. En "RDBB", núm.51, 1993.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO.- *Las pólizas, título ejecutivo*. En "RGD" , núm.481-482, 1984.
- MARTÍNEZ PARDO, VICENTE.- *El carácter ejecutivo de las pólizas intervenidas por agente mediador colegiado (art.1429-6 de la LEC)*. En " Revista general de derecho", nums. 517-518, oct.-Nov. 1987, 5663.
- *La liquidez de los créditos(artículo 1435 párrafo 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*, en" *Revista Jurídica La Ley*", Tomo III, 1989.
- MARTÍNEZ PASTOR, M.- *La póliza de crédito. Ejecución y oposición*. Publicación del "Ilustre Colegio de Abogados de Cartagena", Cartagena 1992.
- MARTORANO.- *Il conto corrente bancario*, Napoli 1955.
- *Il valore probatorio dell'estratto conto e dell'estratto di saldaconto*, in" *Banca e Borsa e Titoli di crédito*", 1982, I.
- MENDEZ VILLAR.- *La tarjeta de crédito en España*, en "Banca Española", núm. 43, 1973.
- MESSINEO, FRANCESCO.- *Operaciones de bolsa y banca* (versión española de R. Gay de Montella), ed. BOSH, Barcelona, 1957.
-*Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV, Buenos Aires 1971.
- MICHELE SPINELLI.- *Diritto Bancario*, 2ª ed., Padova, 1991.
- MICHELI.- *Derecho Procesal Civil*, Vol.III, Proceso de ejecución, Buenos Aires, 1970.
- MOLL DE MIGUEL.- *El contrato de una cuenta corriente: una concepción unitaria de sus diferentes tipos*, Bilbao 1977.
- MOLLE.- *Operazioni in conto corrente e i tassi di interesse del "cartello"*, in "Banca e Borsa", 1951, II.

- *In tema di c/c bancario, in* "Banca e Borsa", 1967.
- *I Contratti bancari*, Milano, 1981.
- *La banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano 1991, II.
- MONTERO AROCA.- *Derecho jurisdiccional. Proceso Civil* (Con ORTELLS, GÓMEZ COLOMER Y MONTÓN). T.II. Barcelona 1991.
- MONTERO, Rosa.- *Legal, pero injusto*. "El País" Suplemento dominical de 25 de agosto de 1996.
- MORENO CATENA, V.- *Algunos problemas del juicio ejecutivo cambiario*, en Vol. "problemas actuales de la justicia" (Homenaje al Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario). Valencia, 1988.
- MOXICA ROMAN.- *Las pólizas bancarias. Ejecución, oposición y prelación*. (Análisis de Doctrina y Jurisprudencia. Formularios). 2ª Ed., Edi. Aranzadi 1994.
- MUÑOZ JIMÉNEZ.- *Problemas interpretativos del art.1435, párrafo cuarto de la L.E.C.*, en "Cuadernos de Derecho Judicial", El juicio Ejecutivo, publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- MUÑOZ SABATE.- *Las deformaciones profesionales en la apreciación de la prueba judicial*. En "RGD", 1972.
- NOVOA BOTAS.- *En torno a la fe publica mercantil*, Madrid, 1960.
- NICOLO, C.- *I procedimenti di esecuzioni*. (Raccolta completa di giurisprudenza e bibliografia). Milano, 1970.
- NIETO CAROL, UBALDO.- *La liquidez de los contratos bancarios. El art.1435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. En "La Ley", 1993-1, 1013.
- *Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios*, en "Contratos de adhesión y derechos de los consumidores", Madrid 1993.
- NIGRO.- *Sull'efficacia probatoria degli estratti di saldaconti bancari*, in "Gius.civ." 1980, I.
- *Le operazione bancarie in conto corrente*, in "AA.VV., Giur.banc.", 1983-84.
- NÚÑEZ LOZANO, P.L.- *La tarjeta de Crédito*. Madrid 1997.
- OLMEDA FERNÁNDEZ.- *Contenido del documento fehaciente previsto en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, en "CGPJ", Madrid 1993.
- ORIOL AMAT.- *El leasing. Modalidades, funcionamiento y comparación con otras opciones*. Ediciones Deusto S.A., Bilbao 1989.
- ORTIZ NAVACERRADA.- *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992, sobre la constitucionalidad del artículo 1435 L.E.C., que regula la liquidación de pólizas y escrituras de crédito en cuenta corriente*, en "Actualidad Civil", 1992.

- *Sobre el párrafo quinto del artículo 1435 L.E.C., reformado por la Ley 10/1992 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, en "Actualidad y Derecho", 1992-2.
- *Título ejecutivo y liquidez de las pólizas de crédito a efectos del despacho de ejecución*. Edi. Comares, 2ª ed., Granada 1993.
- PASTERIS.- *Sulla natura giuridica del contratto di conto corrente*, in "Riv. dir. comm.", 1956.
- PASTOR PRIETO.- *¡Ah de la Justicia! Política judicial y económica*. Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1993.
- PAZ ARES.- *La responsabilidad cambiaria derivada de la letra perjudicada*, en "RCDI", 1982.
- PÉREZ ESCOLAR.- *El Contrato de descuento*. Madrid 1982.
- PÉREZ GORDO.- *Contribución al estudio de la historia del juicio ejecutivo*, en "RDP", núm.1, 1972.
- Reflexiones retrospectivas en torno a la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo*, en "RGD", núm.s 355,356,357, 1974.
- *El juicio ejecutivo y su naturaleza jurídica*, en "Estudios de Derecho Procesal", Zaragoza 1981.
- PÉREZ SERRABONA Y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.- *La tarjeta de crédito(hacia un estatuto jurídico)*, Granada 1987.
- *La tarjeta de crédito. Derecho Comunitario Europeo. Doctrina y formularios*, Edi. Comares, Granada 1993.
- PÉREZ VALENZUELA, JUAN.- *La póliza: La seguridad del crédito y la nueva normativa a la luz de las instituciones bancarias*, en "Revista General de Derecho", núm.483, Dic. 1984, 2705.
- *Régimen legal de la póliza tras la Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en "Revista General de Derecho", 1984.
- Liquidez procesal de la póliza de crédito*, en "Revista General de Derecho", núm.486, mar.1985.
- PORZIO M.- *Preliminari ad uno studio dei contratti delle banche*, in *Crédito e Moneta*, a cura di Mazzoni e Nigro, Milano, 1982.
- PRADA GONZÁLEZ.- *Algunos aspectos de los prestamos bancarios*, en "Anales de la Academia Maritense del Notariado", XXVI, Madrid 1984.
- PRATIS.- *La disciplina delle aziende di crédito*, Milano, 1959.
- PRIETO CASTRO, L.- *Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1964.
- Traitado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I y II, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982.
- RAMOS GONZÁLEZ.- *La tarjeta de crédito y la acción procesal que de ellas emana. Posibilidad de su configuración en el marco del juicio ejecutivo*, en "Actualidad Civil", T.1, 1991.

- RAMOS MÉNDEZ, F.- *Derecho procesal Civil*. T.II Barcelona 1993.
- *El sistema Procesal Español*, Edi. Bosch, Barcelona 1995.
- RECALDE CASTELLS, ANDRÉS.- *Ejecución de deudas reflejadas en cuentas corrientes*, (Comentario a la sentencia de Tribunal Constitucional 14/1992 de 10 de febrero). En "La Ley", 1992-3, 1029.
- RENAUD M.- *Traité juridique et pratique de l'escompte*. París 1934.
- REYES LÓPEZ, M.J.- A propósito de la inclusión de cláusulas dejadas al arbitrio de una sola de las partes contratantes..., en "Revista General del Derecho", 1991.
- RIBO DURAN.- *La problemática judicial del descuento*. Barcelona, 1983.
- RIPERT. *Traite Elementaire de Droit Commercial*. París, 1954.
- RIVERO ALEMÁN, J.L.- *Disciplina del crédito bancario y protección al consumidor*, Edi. Aranzadi, Pamplona 1995.
- ROCA SOLANO Y TURNO, Gregorio.- *El juicio sumario ejecutivo en los fueros y observancias del Reino de Aragón*, en "ADHD", núm. 1 1946.
- ROCCO, Ugo.- *Teoría general del Proceso Civil*. Traducción de J. Tena. México 1959.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO.- *La notificación del art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizada por Corredor de Comercio*. en "La Ley", 1993-4, 1034.
- *Naturaleza documental de la póliza intervenida(I) (y II)*, en "La Ley", Madrid, 14 y 15 de Marzo de 1995.
- RODRÍGUEZ ESPEJO, J.- *El interés en los prestamos bancarios. Anatocismo. Liquidación anticipada. Intereses remuneratorios y moratorios*. en "RDBB", núm. 21, 1986.
- ROMERO, CARLOS.- *La utilización abusiva de tarjetas de crédito*, en "RDBB", 1987, núm. 26.
- RON SERRANO, F.- *La determinación de la liquidez en la póliza bancaria a los fines de su ejecución*, en "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid", Núm. 6, 1985.
- RUBIERA ALVAREZ.- *La utilización de pagarés en juicio ejecutivo como instrumentos de ejecución o de garantía de los prestamos bancarios*. En "Cuadernos de Derecho Judicial". El Juicio Ejecutivo. Publicación del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993.
- RUTA.- *Lineamenti di legislazione bancaria*, Roma, 1965.
- SAAVEDRA GALLO.- *La reforma de los juicios de cuantía inferior*. En "Comentarios sobre la reforma procesal", (Ley 10/92 de 30 de abril), Edi. Forum, Oviedo 1992.
- SABATER BAYLE, Isabel.- *Préstamos con interés, usura y cláusula de estabilización*. Pamplona, 1986.

- SAGUAR QUER, F.J.- *La liquidez en el juicio ejecutivo de los Contratos Bancarios*, en "RDBB", núm.32, 1988.
- SALANITRO.- *Le banche e i contratti bancari*, Torino 1983.
- SALEILLES.- *La déclaration de volonté*, París 1902.
- SÁNCHEZ CALERO.- *Instituciones de Derecho mercantil*, 8ª Ed., Edi. Clares, Valladolid 1981.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE.- *Consideraciones en torno a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria*, en "RDBB", 1986.
- SÁNCHEZ GUILARTE.- *Entorno a la responsabilidad del titular de una tarjeta de crédito cuando la compañía que gestiona las tarjetas de crédito es insolvente*, en "RDBB", 1986, núm. 24.
- SÁNCHEZ MIGUEL.- *La nueva regulación sobre el crédito y defensa del cliente*, en "RDBB", 1987, núm. 27.
- SANTARSIERE.- *Profili in materia di apertura di crédito, regolata in conto corrente e sconto bancario*, in "Gius.civ." 1991, I.
- SANTINI.- *Il bancogiro*, Bologna 1948.
- SANTOS V.- *El contrato bancario. Concepto funcional*. Bilbao 1972.
- SARAZA JIMENA.- *El pagaré en blanco emitido por entidades bancarias para ejecutar pólizas de préstamo y crédito: la necesidad de evitar la generalización de un fraude de ley*. En "Actualidad y Derecho", núm.21 de 1994.
- SATTA, G.- *L'essuzione forzata*, Torino, 1952.
- SCIACCHITANO.- *Ingiunzione*, in "Enciclopedia del dir.", XXI, Milano 1971.
- SCORDINO, Felipe.- *I Contratti bancari*, casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1965.
- SEIJAS IGLESIAS.- *El juicio ejecutivo y el juicio declarativo posterior*. Madrid 1977.
- SEGOVIA SÁNCHEZ, J.L.- *La notificación del protesto al avalista cuando se ejercita la acción Cambiaria*. en "Revista General de Derecho", núm.474, 1984.
- SEGURADO LLORENTE, J.L.- *Todo sobre el leasing*. Editorial de Vecchi, Barcelona 1987, pág 16 y sig.;
- SERRA DOMÍNGUEZ.- *Estudios de Derecho procesal*. Barcelona, 1978.
- SIMONETO.- *Il contratti di crédito*, Padova, 1953.
- SOTO VÁZQUEZ, R y SOTO FERNÁNDEZ, C.- *El cheque y el pagaré*. Edi.Comares. Granada 1997.
- STOPPANI.- *Certificazioni*, in "Enciclopedia del dir.", V.
- TAPIA FERNÁNDEZ.- *Procesos de ejecución por pólizas documentadas en pólizas intervenidas*. En Estudios de Derecho Procesal. Tomo II. Madrid, 1996.

- TERRANOVA- *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Milano, 1982.
- TONDO.- *I contratti bancari*, I, Roma, 1957.
- TONNI.- *Il conti correnti di corrispondenza*, in "Foro Pad.", 1949, III.
- *Natura giuridica dell'approvazione dell'estratto di conto corrente bancario*, in "Banca e Borsa", 1956, II.
- TORRES LÓPEZ.- *Jornadas sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en "Comunicación a la cuarta ponencia", Madrid 1985.
- TROIANO, Onofrio.- *I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conto non autorizzati: un'analisi comparata*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Núm.171, Casa Editrice Giuffrè, Milano, 1996.
- URIA,R.- *Derecho Mercantil*, Madrid 1976.
- VALLES BARETA, JOSÉ R.; BUSTAMANTE BRICIO, JOSÉ.- *Contratos bancarios de crédito en cuenta corriente y préstamo. Liquidación de intereses. Comentario a la sentencia de la AP. de Bilbao(secc.4ª) de 29 de Noviembre de 1991*. En "La Ley", 1992-2.
- VANONO.- *In tema di efficacia probatoria dell'estratto di saldaconto bancario*, in "Banca e Borsa" 1990, I.
- VASSEUR ET MARIN.- *Les comptes en banques*, I, Parigi.1966.
- VAZQUEZ BONOME, A.- *Tratado de Derecho Cambiario. Letra, pagaré y cheque*, Edi. DYKINSON S.L, Madrid 1986.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA,C.- *Operaciones bancarias*, Edi. Edersa, Madrid 1985.
- *Doctrina y Jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1989.
- VICENT CHULIA,F.- *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Tomo 1, Vol.1, Edi. Bosch, 3ª ed., Barcelona, 1991.
- VICENTE Y GELLA, A.-*Curso de Derecho Mercantil Comparado*, Zaragoza 1960.
- VIDAL BLANCO,C.- *El leasing. Una innovación en la técnica de la financiación*. Madrid 1977.
- VILLAGOMEZ RODIL.- *Descuento bancario. Recibos de cobro.Cesión de créditos*. En "Semana Jurídica". Octubre de 1996.
- VILLALBA LAVA, MERCENARIO. *Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, leasing y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil*. en" RGD", núm, 576, sep.1992.

JURISPRUDENCIA

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- STC de 10 de Febrero del 1992.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO.

- STS de 21 de octubre de 1902.
- STS de 21 de noviembre de 1902.
- STS de 4 de Abril de 1932.
- STS de 9 de diciembre de 1939.
- STS de 31 de marzo de 1942.
- STS de 3 de Junio de 1946.
- STS de 3 de Enero de 1947.
- STS de 9 de febrero de 1948.
- STS de 15 de enero de 1949.
- STS de 21 de marzo de 1956.
- STS de 12 de Marzo de 1957.
- STS de 27 de Mayo de 1958.
- STS de 23 de diciembre de 1958.
- STS de 10 de febrero de 1960.
- STS de 27 de octubre de 1966.
- STS de 8 de junio de 1969.
- STS de 3 de Noviembre de 1971.
- STS de 30 de diciembre de 1972.
- STS de 20 de marzo de 1976.
- STS de 22 de Noviembre de 1976.

- STS de 9 de febrero de 1977.
- STS de 1 de Marzo de 1978.
- STS de 28 de junio de 1978.
- STS de 16 de octubre de 1978.
- STS de 14 de Abril de 1980.
- STS de 18 de abril de 1981.
- STS de 30 de noviembre de 1983.
- STS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 1983.
- STS de 27 de febrero de 1984.
- STS de 29 de mayo de 1984.
- STS de 21 de Septiembre de 1984.
- STS de 27 de diciembre de 1985.
- STS de 24 de junio de 1986.
- STS de 18 de marzo de 1987.
- STS de 12 de abril de 1987.
- STS de 30 de diciembre de 1987.
- STS de 14 de junio de 1988.
- STS de 19 de octubre de 1988.
- STS de 19 de Noviembre de 1988.
- STS de 17 de marzo de 1989.
- STS de 10 de mayo de 1989.
- STS de 25 de noviembre de 1989.
- STS de 7 de diciembre de 1989.
- STS de 28 de mayo de 1990.
- STS, sala 1ª, de 11 de Marzo de 1992.
- STS de 9 de junio de 1992.
- STS de 18 de Marzo de 1993.
- STS de 15 de julio de 1993.
- STS de 30 de diciembre de 1993.
- STS de 12 de Abril de 1994.
- STS de 21 de noviembre de 1994.
- STS de 23 de febrero de 1996.
- STS de 7 de julio de 1996.

RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE.**

- SAT de Albacete de 5 de Noviembre de 1982.
- SAP de Albacete de 7 de febrero de 1994.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE.

- SAP de Alicante de 23 de abril de 1992.
- SAP de Alicante de 21 de septiembre de 1993.
- SAP de Alicante de 22 de julio de 1996.
- AAP de Alicante(Secc.4ª)de 21 de Noviembre 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ.

- SAP de Badajoz de 19 de julio de 1991.
- SAP de Badajoz de 30 de junio de 1992.
- SAP de Badajoz de 5 de marzo de 1996.
- SAP de Badajoz(Secc.2ª)de 19 de noviembre de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA.

- SAT de Barcelona de 12 de febrero de 1985.
- SAT de Barcelona de 12 de Noviembre de 1987.
- SAT de Barcelona de 20 de diciembre de 1987.
- SAT de Barcelona, Sala 1ª, de 22 de diciembre de 1987.
- SAT de Barcelona de 30 de diciembre de 1987.
- SAT de Barcelona de 2 de Noviembre de 1989.
- SAT de Barcelona de 22 de diciembre de 1989.
- SAP de Barcelona de 22 de febrero de 1990.
- SAP de Barcelona, Secc.3ª, de 13 de junio de 1990.
- SAP de Barcelona, Secc.16ª de 14 de septiembre de 1990.
- SAP de Barcelona, Secc. 4ª de 31 de octubre de 1990.
- SAP de Barcelona de 15 de junio de 1992.
- SAP de Barcelona de 23 de Noviembre de 1994.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BILBAO.

- SAT de Bilbao 12 de diciembre de 1985.
- SAP de Bilbao de 17 de diciembre de 1986.
- SAP de Bilbao de 19 de diciembre de 1986.
- SAP de Bilbao de 15 de mayo de 1991.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁCERES.

- SAT de cáceres de 10 de Junio de 1986.
- SAT de Cáceres de 29 de Junio de 1987.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA.

- SAP de Cantabria de 26 de octubre de 1995
- SAP de Cantabria de 20 de febrero de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ.

- SAP de Cádiz de 15 de enero de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLON DE LA PLANA.

- SAP de Castellón de 24 de diciembre de 1990.
- SAP de Castellón de 7 de mayo de 1992.
- SAP de Castellón de 20 de junio de 1992.
- SAP de Castellón de 16 de diciembre de 1992.
- SAP de Castellón de 15 de mayo de 1993.
- SAP de Castellón de 23 de septiembre de 1993.
- SAP de Castellón de 11 de octubre de 1993.
- SAP de Castellón, Secc.1ª, de 6 de Abril de 1995.
- SAP de Castellón de 10 de abril de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA.

- SAP de Córdoba de 22 de Marzo de 1996.

- SAP de Córdoba de 5 de diciembre de 1996.
- SAP de Córdoba, Secc.1ª, de 12 de septiembre de 1997.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA.

- SAP de Cuenca de 11 de Marzo de 1993.
- SAP de Cuenca de 6 de mayo de 1994.
- SAP de Cuenca de 13 de febrero de 1996.
- SAP de Cuenca de 5 de Mayo de 1997.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA.

- SAP de Girona(Secc.2ª)de 22 de septiembre de 1995.
- SAP de Girona de 27 de diciembre de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA.

- SAP de Granada, Secc.3ª, de 14 de julio de 1990.
- SAP de Granada de 27 de junio de 1991.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUADALAJARA.

- SAP de Guadalajara de 24 de diciembre de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN.

- SAP de León de 28 de octubre de 1993.
- SAP de León de 24 de noviembre de 1994.
- SAP de León de 7 de diciembre de 1994.
- SAP de León de 9 de diembre de 1994.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID.

- SAT de Madrid de 16 de Noviembre de 1983.
- SAT de Madrid de 11 de Abril 1987.

- AAT de Madrid de 29 de Junio de 1987.
- SAT de Madrid de 24 de noviembre de 1988.
- SAP de Madrid, Secc.10ª, de 17 de Abril de 1989.
- SAP de Madrid, Secc.9ª, de 21 de Junio de 1989.
- SAP de Madrid de 10 de Marzo de 1990.
- SAP de Madrid, Secc.2ª, de 14 de Abril de 1990.
- SAP de Madrid, Secc.10ª, de 5 de noviembre de 1990.
- SAP de Madrid de 23 de diciembre de 1991.
- SAP de Madrid, Secc.21ª, de 1 de diciembre de 1992.
- SAP de Madrid de 12 de septiembre de 1992.
- SAP de Madrid de 16 de noviembre de 1992.
- SAP de Madrid, Secc.14ª, de 25 de enero de 1994.
- SAP de Madrid , Secc.11ª, de 25 de octubre de 1994.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA.

- SAP de Málaga de 5 de octubre de 1994.
- SAP de Málaga, Secc.4ª, de 6 de octubre de 1994.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA.

- SAP de Murcia, Secc. 3ª, de 20 de Marzo de 1990.
- SAP de Murcia de 20 de septiembre de 1990.
- SAP de Murcia de 29 de enero de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO.

- SAP de oviedo de 14 de Abril de 1987.
- SAP de oviedo de 11 de Abril de 1990.
- SAP de Oviedo de 17 de Marzo de 1993.
- SAP de Oviedo de 29 de noviembre de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALENCIA.

- SAP de Palencia de 15 de Julio de 1991.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA.

- SAP de Palma de Mallorca de 15 de septiembre de 1987.
- SAT de Palma de Mallorca de 14 de marzo de 1988.
- SAP de Palma de Mallorca de 27 de febrero de 1989.
- SAT de Palma de Mallorca de 14 de Mayo de 1988.
- SAP de Palma de Mallorca de 20 de septiembre de 1989.
- SAP de Palma de Mallorca, Secc.3ª, de 7 de enero de 1990.
- SAP de Palma de Mallorca de 9 de enero de 1992.
- SAP de Palma de Mallorca de 27 de Octubre de 1992.
- SAP de Palma de Mallorca, Secc.3ª, de 22 de enero de 1993.
- SAP de Palma de Mallorca de 11 de mayo de 1993.
- SAP de Palma de Mallorca de 11 de noviembre de 1995.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PAMPLONA.

- SAT de Pamplona de 15 de septiembre de 1988.
- SAP de Pamplona de 13 de marzo de 1990.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA.

- SAP de Pontevedra de 13 de Febrero de 1996.
- SAP Pontevedra de 12 de Abril de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA.

- SAP de Salamanca de 21 de febrero de 1991.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE.

- SAT de Santa Cruz de Tenerife de 16 de abril de 1988.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de marzo de 1990.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEGOVIA.

- SAP de Segovia de 31 de diciembre de 1992.
- SAP de Segovia de 2 de septiembre de 1993.

- SAP de Segovia de 10 de junio de 1994.
- SAP de Segovia de 19 de julio de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA.

- SAP de Sevilla, Secc.5ª, de 13 de julio de 1990.
- SAP de Sevilla, Secc.6ª, de 8 de octubre de 1990.
- AAP de Sevilla de 25 de Enero de 1993.
- SAP de Sevilla, Secc.6ª, de 4 de mayo de 1993.
- SAP de Sevilla de 5 de octubre de 1995.
- SAP de Sevilla de 22 de julio 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA.

- AAP de Tarragona de 14 de febrero de 1991.
- SAP de Tarragona, Secc.2ª, de 13 de diciembre de 1993.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO.

- SAP de Toledo, Secc.2ª, de 24 de enero de 1995.
- AAP de Toledo, Secc.1ª de 20 de febrero de 1995.
- SAP de Toledo de 9 de enero de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA.

- SAT de Valencia de 16 de Abril de 1986.
- SAT de Valencia de 15 de octubre de 1987.
- SAT de Valencia de 22 de octubre de 1987.
- SAP de Valencia de 16 de enero de 1988.
- SAT de Valencia de 12 de Mayo de 1988.
- SAP de Valencia de 17 de octubre de 1989.
- SAP de Valencia, Secc.6ª, de 26 de marzo de 1990.
- SAP de Valencia de 27 de Marzo de 1990.
- SAP de Valencia, Secc.6ª, de 28 de marzo de 1990.
- SAP de Valencia de 3 de julio de 1990.

- SAP de Valencia, Sec.7ª, de 17 de octubre de 1990.
- SAP de Valencia de 24 de diciembre de 1990.
- SAP de Valencia, Secc. 8ª, de 23 de marzo de 1991.
- SAP de Valencia, Secc.8ª, de 26 de marzo de 1991.
- SAP de Valencia de 6 de enero de 1996.
- SAP de Valencia de 16 de enero de 1996.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID.

- AAT de Valladolid de 9 de febrero de 1960.
- SAT de Valladolid de 11 de noviembre de 1987.
- SAP de Valladolid de 11 de noviembre de 1988.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA.

- SAP de Vizcaya de 8 de septiembre de 1995.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA.

- SAT de Zaragoza de 11 de Marzo de 1981.
- SAT de Zaragoza de 3 de Julio de 1981.
- SAP de Zaragoza, Secc.2ª, de 18 de enero de 1997.

RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE 1ª INSTANCIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE MURCIA.

- AJPI de Murcia, núm.8, de 27 de noviembre de 1992.

JUZGADO DE 1ªINSTANCIA DE OVIEDO.

- SJPI de Oviedo, núm.5, de 26 de abril de 1994.

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA DE PALMA DE MALLORCA.

-AJPI de Palma de Mallorca de 28 de Enero de 1987.

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA DE SABADELL.

-AJPI de Sabadell de 30 de septiembre de 1992.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE SEVILLA.

-AJPI, núm.10, de Sevilla de 29 de octubre de 1992.